PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME QUATRIÈME.

(3e ÉDITION)



BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

33, RUE BLAES.

1878

TITRE VII.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION

(SUITE.)

CHAPITRE V.

DE LA FILIATION DES ENFANTS NATURELS (1).

SECTION I. — Principes généraux.

§ Ier. *Principe d'interprétation.*

1. Tous les auteurs se plaignent de l'insuffisance des dispositions que le code civil contient sur la filiation des enfants naturels. On dirait que c'est à regret que le législateur s'est occupé de ces malheureux enfants. L'esprit qui l'anime est sans doute un esprit moral : il a voulu honorer le mariage en favorisant les enfants qui doivent le jour à des unions légitimes (2). Mais s'il a cru par là réprimer le concubinage, il s'est singulièrement fait illusion. Le nombre des enfants naturels, adultérins et incestueux n'est pas allé en diminuant. Et par suite, il s'est élevé et il s'élève tous les jours de nouveaux débats sur la filiation naturelle, adultérine et incestueuse. Quand il y a silence

(1) Loiseau, *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés* (1811 et 1819). Cadrès, *Traité des enfants naturels.* Allard, *Thèse sur les preuves de la filiation hors mariage.* Seresia, Mémoire couronné : *de l'Acte de naissance de l'enfant naturel* (1869).
(2) Voyez le tome III de mes *Principes*, nos 359 et suiv., p. 422.

de la loi ou insuffisance, le juge doit néanmoins juger. Comment comblera-t-il la lacune? Peut-il appliquer par analogie les dispositions du code Napoléon sur la filiation des enfants légitimes?

A première vue, on serait tenté de répondre affirmativement, et de poser comme règle d'interprétation que les dispositions qui régissent la filiation légitime doivent recevoir leur application à la filiation naturelle (1). L'objet de la loi n'est-il pas le même, celui d'assurer la filiation des hommes, c'est-à-dire leur état? Qu'importe que les enfants soient légitimes ou naturels? Tous ont une filiation, et cette filiation ne doit-elle pas être constatée? Si le législateur s'est étendu avec complaisance sur la filiation légitime, tandis qu'il a à peine daigné s'occuper de la filiation naturelle, n'est-ce pas le cas de combler les lacunes par l'argumentation analogique? L'application analogique de la loi est de droit commun, cela est vrai, mais à une condition : il faut qu'il y ait même raison de décider, il faut donc que l'esprit de la loi soit le même dans la matière à laquelle l'interprète emprunte des principes et la matière où il rencontre des lacunes. Cette analogie existe-t-elle entre la filiation légitime et la filiation naturelle? Nous croyons qu'il faut distinguer.

2. Il y a deux ordres de questions dans la filiation. D'abord on demande comment se prouve la filiation? Sur ce point, et à s'en tenir aux textes, il y a une différence capitale entre la filiation légitime et la filiation naturelle. Ouvrons le code ; nous y trouvons un chapitre spécial consacré aux *Preuves de la filiation des enfants légitimes*; nous y lisons que la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance, qu'à défaut de titre, la possession de l'état d'enfant légitime suffit; qu'à défaut de titre et de possession, la preuve de la filiation peut se faire par témoins. Vient ensuite un chapitre qui traite des enfants naturels. La section II est intitulée : *De la reconnaissance des enfants naturels*. Cela implique déjà que

(1) C'est le principe suivi par Demolombe, t. V, nº 480, p. 466, et emprunté à la jurisprudence. Voyez, en sens contraire, Seresia, *de l'Acte de naissance de l'enfant naturel*, p. 71 et suiv.

l'enfant naturel n'a de filiation que s'il est reconnu; c'est donc l'acte constatant la reconnaissance qui est la preuve par excellence de la filiation naturelle. En effet, il n'est question, dans notre section II, que de la reconnaissance; le législateur ne dit plus un mot ni de l'acte de naissance, ni de la possession d'état, ni de la preuve testimoniale. Si les père et mère de l'enfant naturel ne le reconnaissent pas volontairement, peut-il les y forcer en recherchant sa paternité ou sa maternité? Le code répond que la recherche de la paternité est interdite et que la recherche de la maternité n'est admise que sous les conditions rigoureuses qu'il établit.

Voilà deux systèmes tout à fait opposés pour établir la filiation des hommes, selon que les enfants sont légitimes ou naturels. Là où les principes sont contraires, peut-il être question d'analogie? Si les textes diffèrent, l'esprit de la loi diffère encore bien plus. S'agit-il des enfants légitimes, le premier consul déclare que la société n'a aucun intérêt à ce que leur état soit contesté. Le législateur favorise la légitimité à ce point, qu'il l'admet en se contentant de simples probabilités, disons mieux, en préférant la fiction à la réalité. Nous en avons donné plus d'une preuve (1). Est-ce aussi là l'esprit de la loi, quand il s'agit de la filiation des enfants naturels? On ne peut pas même poser la question. Il est impossible que le législateur témoigne la même faveur à la filiation naturelle qu'à la filiation légitime, sauf dans des époques d'égarement. Les auteurs du code sont allés plus loin; ils ont traité les enfants naturels avec une vraie dureté, afin d'honorer le mariage. C'est encore le premier consul qui a formulé la pensée du législateur en disant que l'Etat n'a aucun intérêt à ce que la filiation des enfants naturels soit constatée (2). On pourrait presque dire qu'il a voulu la rendre impossible. Il interdit la recherche de la paternité, et s'il admet la recherche de la maternité, c'est en la subordonnant à une condition qui le plus souvent ne peut être

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, nos 361, 364, 385 et 386.

(2) Séance du conseil d'Etat du 26 brumaire an x, n° 4 (Locré, t. III, p. 57).

accomplie : le code exige que l'enfant ait un commencement de preuve par écrit, et cet écrit doit émaner de la mère. Or, dans quelle classe de la société se recrutent les malheureuses que l'on abuse ou qui s'abusent elles-mêmes? Elle sortent des rangs où l'ignorance règne trop souvent avec l'immoralité. Donc en définitive la filiation des enfants naturels dépend du bon vouloir de leurs père et mère. C'est méconnaître les droits de l'enfant, alors que le législateur devrait venir à son aide pour forcer ses parents à remplir les devoirs qu'ils ont contractés en lui donnant le jour.

Notre conclusion sur ce premier point est qu'il n'y a aucune analogie entre les principes qui régissent la filiation légitime et ceux qui régissent la filiation naturelle. C'est dire que l'argumentation analogique manque de base en cette matière; il faut donc la rejeter. Est-ce à dire qu'il en soit de même de toutes les dispositions qui se trouvent dans le chapitre sur les preuves de la filiation légitime? Il y en a qui sont étrangères à la preuve proprement dite de la filiation; elles concernent l'état des personnes. Ici l'analogie reparaît, et elle nous semble complète. Il n'est plus question de faveur ni de défaveur. L'état est un fait social; ce fait est commun à tous les membres de la société civile, tous ont un état. L'état présente aussi les mêmes caractères pour tous les hommes. Dans son essence, c'est un droit moral. Peu importe que des avantages pécuniaires y soient attachés; c'est là une chose secondaire. Or, c'est seulement sur cet intérêt accessoire que l'état des enfants naturels diffère de l'état des enfants légitimes. Leurs droits ont moins d'étendue, ils ont une famille plus restreinte, et ils y sont traités moins favorablement que les enfants légitimes. Ce qui ne les empêche pas d'avoir un état, et un état qui est identique en tant qu'on le considère comme droit moral. Cela décide la question de l'application analogique de la loi. On peut et on doit appliquer par analogie à la filiation naturelle les principes qui régissent l'état des enfants légitimes, parce qu'il y a même motif de décider, l'illégitimité n'exerçant aucune influence sur ces principes.

3. La défaveur extrême que le législateur témoigne aux enfants naturels a conduit les tribunaux et parfois les auteurs à un système d'interprétation que nous n'osons pas qualifier de principe, parce qu'il n'a jamais été formulé comme tel, et parce qu'il serait impossible de le formuler sans se mettre en opposition avec tous les principes. Quand on s'en tient au texte et à l'esprit de la loi, elle est d'une dureté extrême; il y a plus, elle aboutit à rendre la preuve de la filiation des enfants naturels tellement difficile que parfois elle serait impossible. Le magistrat, placé en présence des faits, est poussé par une force irrésistible à modérer la rigueur de la loi par l'équité. C'est une pente dangereuse, car elle aboutit à corriger la loi, c'est-à-dire à faire un nouveau code civil. Que le législateur profite des enseignements de la pratique pour perfectionner le code, c'est son droit et son devoir. Par contre, le devoir de l'interprète est de rester fidèle au texte et à l'esprit de la loi. Il doit toujours se rappeler cette maxime des jurisconsultes romains, nos maîtres à tous : la loi est dure, mais c'est la loi. En nous plaçant sur ce terrain, nous serons souvent dans le cas de critiquer la jurisprudence et même la doctrine. Il n'y a en cela aucune présomption ni aucune témérité. Nous nous sommes imposé la tâche de maintenir les principes dans toute leur rigueur, sans nous préoccuper des exigences de la pratique. Autre est la mission de l'auteur, autre est celle du juge. Le premier ne doit voir que les principes, tandis que l'autre doit tenir compte des faits. Nous respectons les décisions que nous n'approuvons pas, parce que c'est l'équité qui les dicte. Mais nous ne pouvons pas adopter comme doctrine une application de la loi qui altère la loi. Nous ajouterons qu'il y a des limites même à l'équité : le juge ne doit pas devenir législateur ; sinon, à force d'écouter l'équité, il anéantit la justice.

§ II. *Des preuves de la filiation naturelle.*

N° I. DES PREUVES LÉGALES.

4. Il y a deux classes d'enfants naturels : les uns nés de personnes libres, c'est-à-dire de personnes non mariées, mais entre lesquelles le mariage serait permis. On les appelle enfants naturels simples. L'expression ne se trouve pas dans le code Napoléon ; c'est la doctrine qui l'a introduite, et les auteurs du code s'en sont servis dans leurs discours (1). Dans nos textes, l'expression *enfants naturels* est prise d'ordinaire pour marquer les enfants naturels simples. Quant aux enfants adultérins et incestueux, ils naissent d'un commerce réprouvé par la loi et qui ne peut pas devenir légitime. Parfois ils sont compris sous la dénomination générale d'enfants naturels (art. 161 et 908). Mais cette manière de s'exprimer est une exception. Le plus souvent, le législateur qualifie d'enfants adultérins ou incestueux ceux qui sont le fruit de l'adultère ou de l'inceste, et il réserve l'expression générale d'enfants naturels à ceux qui doivent le jour à deux personnes libres. Il en est ainsi notamment en matière de filiation : les enfants adultérins et incestueux n'ont pas de filiation ; ils n'en ont du moins que par exception, quand, sans reconnaissance, sans recherche, leur état se trouve constaté par un jugement.

Nous avons défini, avec Duveyrier, les enfants naturels ceux qui naissent de deux personnes libres. Il est plus juridique de dire que c'est le moment de la conception qui détermine la légitimité ou l'illégitimité de l'enfant, et non le moment de la naissance. Quand il s'agit d'enfants légitimes, la loi établit des présomptions qui servent à déterminer d'une manière précise l'époque de la conception. Doit-on appliquer ces présomptions à la filiation naturelle? Un mari veuf reconnaît un enfant né le cent quatre-ving-

(1) Duveyrier, Discours prononcé devant le Corps législatif au nom du Tribunat, n° 37 (Locré, t. III, p. 136).

tième jour après la dissolution du mariage. Si l'on applique la présomption de l'article 314, cet enfant a pu être conçu par un père libre, donc il est naturel simple et il peut être reconnu. Si, au contraire, on ne l'applique pas, on peut soutenir que cet enfant a été conçu pendant le mariage; que partant il est adultérin et ne peut pas être reconnu. Nous croyons qu'en principe, les présomptions qui fixent le moment de la conception ne peuvent pas être étendues. Toute présomption légale est de stricte interprétation; on ne peut les étendre, fût-ce par motif d'analogie; car il ne peut pas y avoir de présomption légale sans loi; étendre des présomptions, c'est en créer, et le législateur seul a ce droit. On le peut encore moins quand il n'y a pas d'analogie; or, nous venons de prouver que l'esprit de la loi est tout autre en matière de filiation légitime qu'en matière de filiation naturelle. La loi favorise l'une, tandis qu'elle voit l'autre avec défaveur. Or, les présomptions qu'elle établit sur la durée de la grossesse sont précisément une des faveurs qu'elle accorde à la légitimité; c'est donc violer l'esprit de la loi que de les appliquer à la filiation naturelle. L'opinion contraire est cependant généralement suivie (1).

5. L'enfant naturel a une filiation aussi bien que l'enfant légitime. Mais cette filiation n'existe aux yeux de la loi que quand elle est constatée par une reconnaissance. En principe, la reconnaissance doit être volontaire. Toutefois quand les père et mère ne reconnaissent pas volontairement l'enfant auquel ils ont donné le jour, celui-ci peut intenter une action contre eux pour à être reconnu. C'est ce que le code appelle la recherche de la paternité e de la maternité. Comme c'est sans le concours libre des parents que la reconnaissance a lieu dans ce cas, les auteurs l'ont appelée *forcée*. Cette expression ne se trouve pas dans le code. Le mot *reconnaissance* signifie, dans le langage du code civil, la reconnaissance volontaire (art. 335 et 342). Faut-il conclure de là que par enfants naturels *reconnus*, on entend ceux qui ont été reconnus volontaire-

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 192, n° 194.

ment? Non, s'il y a deux termes distincts pour marquer les deux modes d'après lesquels se fait la reconnaissance, il n'y en a qu'un pour désigner l'effet de la reconnaissance : c'est le mot *reconnu*. La raison en est simple. Il n'y a qu'une filiation pour les enfants naturels comme pour les enfants légitimes; il n'y a donc qu'un seul état pour eux résultant de cette filiation : c'est l'état d'enfant naturel reconnu. De là suit que l'état de l'enfant est identique, de quelque manière que se fasse la reconnaissance. Donc les droits de l'enfant doivent être les mêmes, soit qu'il y ait reconnaissance volontaire ou forcée. Nous reviendrons sur ce principe qui a donné lieu à une controverse.

N° 2. DES PREUVES EXTRALÉGALES.

6. La loi n'admet comme preuve de la filiation naturelle, ni l'acte de naissance, ni la possession d'état, ni la preuve testimoniale. Il en résulte que la recherche de la maternité devient presque impossible. Pour échapper à la rigueur de la loi, la jurisprudence et la doctrine ont interprété la loi de façon à y introduire les preuves qu'elle avait proscrites. De là une série de preuves que nous appelons extralégales, parce que, loin de les consacrer, le code les repousse. Que dis-je? l'on a essayé d'établir pour la filiation naturelle des preuves que le code Napoléon n'admet pas même pour la filiation légitime. De sorte que l'on aboutit à un système tout contraire de celui que le législateur a suivi : il a voulu entraver la preuve de la filiation naturelle, tandis que la jurisprudence tend à la faciliter. Un arrêt de la cour de Rennes est comme la satire de ces opinions extralégales; il a autorisé l'enfant à déférer le serment décisoire sur le fait de la maternité (1). Il est curieux d'entendre les motifs de la cour. Dès le début, l'arrêt avoue la vraie raison qui a déterminé cette étrange décision. Le texte de la loi (art. 341) exige un commencement de preuve par écrit pour que l'enfant soit

(1) Arrêt du 16 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 631). En sens contraire, Demolombe, t. V, p. 512, n° 512. Cadrès, *des Enfants naturels*, n° 49, approuve la décision.

reçu à prouver sa filiation par témoins; c'est exiger une preuve littérale; or, cette obligation serait presque toujours impossible à remplir et rendrait illusoire le droit de rechercher la maternité. On voit que c'est la rigueur de la loi qui pousse les magistrats à imaginer des preuves extra-légales. Mais il faut des motifs. Les voici. Aux termes de l'article 1358, « le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. » Ces termes sont si généraux, dit l'arrêt, que l'on ne peut refuser d'admettre ce moyen de preuve. La cour prévoit qu'on lui objectera que le serment décisoire implique une transaction, et transige-t-on sur l'état, c'est-à-dire sur un droit qui n'est pas dans le commerce? Elle répond que l'enfant ne renonce à rien, puisque en déférant le serment il reconnaît qu'il est dénué de tout autre moyen de preuve. Il en est ainsi dans tous les cas où l'on recourt à la délation du serment, de sorte que le serment décisoire serait toujours admissible, en dépit des principes qui défendent ce genre de preuve dans les matières sur lesquelles la transaction n'est pas admise. Reste à écarter les termes de l'article 341. La loi pose comme principe que la recherche de la maternité est admise. Ce qui veut dire, d'après la cour, que l'enfant peut prouver la maternité par toute espèce de preuves légales.

La réfutation de cette singulière interprétation est écrite dans le texte de la loi. Dans l'article 340, le législateur interdit la recherche de la paternité; dans l'article 341, il admet la recherche de la maternité; voilà tout ce qu'il veut dire. Quant aux preuves que l'enfant aura à faire, la suite de l'article les définit. Il doit prouver l'accouchement de sa mère et son identité. De quelle manière fera-t-il cette preuve? Il n'y en a pas d'autre possible que la preuve testimoniale. En effet, la preuve littérale serait ou l'acte de naissance que la loi n'admet pas comme preuve de la filiation naturelle; ou un acte authentique ou sous seing privé qui ne se conçoit pas, à moins que ce ne soit un acte de reconnaissance, et alors on rentre dans la reconnaissance volontaire; ou un aveu, et l'aveu dans les questions d'état est inadmissible, ainsi que le serment; de présomptions légales il ne peut être question; quant aux présomp-

tions simples, elles sont assimilées aux témoignages. Nous voilà forcément réduits à la preuve par témoins. Le code l'admet-il? L'article 341 répond que l'enfant ne sera reçu à prouver sa filiation par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. Vainement donc la cour fait-elle appel aux principes généraux sur les preuves; ces principes condamnent sa décision. Il en est de même de toutes les preuves extralégales que les tribunaux et les auteurs ont essayé de substituer aux preuves légales.

I. *De l'acte de naissance.*

7. L'article 57 veut que l'acte de naissance énonce les noms des père et mère. Cette disposition est-elle applicable aux enfants naturels? Tout le monde est d'accord que le nom du père ne doit pas être déclaré, ni par conséquent énoncé dans l'acte. Quant au nom de la mère, la jurisprudence admet qu'il doit être déclaré et énoncé (1). Reste à savoir quelle sera la force probante de cette énonciation. Dans l'opinion que nous avons professée, la réponse est très-simple. Si le nom de la mère ne doit pas être déclaré, l'officier de l'état civil ne peut pas recevoir la déclaration, alors même qu'elle lui serait faite, et s'il la reçoit, elle ne peut faire aucune foi; car une énonciation que l'officier public constate, alors qu'il n'a pas le droit de la recevoir, ne peut avoir aucune force probante (2). La question est plus difficile, si l'on admet avec la jurisprudence que le nom de la mère doit être déclaré et énoncé.

Toullier enseigne que l'acte de naissance fait, contre la femme désignée pour mère, preuve complète de maternité, quand il est régulier, c'est-à-dire lorsque la naissance de l'enfant a été déclarée par les personnes que la loi charge de faire cette déclaration, tels que les docteurs en méde-

(1) Voyez, sur cette question très-controversée et très-douteuse, le tome II de mes *Principes*, p. 79 et suiv., nos 56-61.

(2) C'est l'opinion que nous avons émise dans le tome II de nos *Principes*, p. 56, no 39 et p. 58, no 41.

cine ou en chirurgie, les sages-femmes ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement. L'opinion de Toullier est restée isolée, dans la doctrine : les motifs qu'il donne suffiraient pour la discréditer. Il dit que l'accouchement et le nom de la mère sont des faits certains, dont il existe des preuves matérielles et physiques. Sans doute, la mère est certaine, comme disent les jurisconsultes romains; mais cela ne veut dire autre chose, sinon qu'à la différence de la paternité toujours incertaine, la maternité s'annonce par des signes et des faits extérieurs, la grossesse, l'accouchement, faits et signes qui peuvent être prouvés avec le même degré de certitude que les faits en général. Mais là n'est pas la question; il s'agit de savoir si l'acte de naissance fait preuve de ces faits. Toullier l'affirme, il dit que les actes de naissance sont destinés à constater l'accouchement et le nom de la mère, et que leur consignation sur les registres de l'état civil fait foi jusqu'à inscription de faux (1). C'est une simple affirmation, qui ne repose sur rien. Il est de principe élémentaire que les preuves sont légales, c'est-à-dire que le juge ne peut admettre à titre de preuves que celles que la loi consacre, et avec les effets que la loi leur attribue. Eh bien, qu'est-ce que la loi dit de l'acte de naissance? Dit-elle, comme Toullier le lui fait dire, que l'acte de naissance est destiné à constater l'accouchement de la mère et son nom? Ce serait dire que l'acte de naissance prouve toujours la filiation, soit légitime, soit naturelle. Or, la loi ne dit pas cela. L'article 319 dispose que la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance, mais la loi ne contient pas de disposition semblable pour les enfants naturels. Cela décide la question. La loi ne destine l'acte de naissance qu'à prouver la filiation légitime; donc il n'est une preuve légale que pour cette filiation; c'est dépasser la loi, c'est la faire que d'admettre que l'acte de naissance prouve la filiation naturelle. Dans le système du code, la filiation des enfants naturels s'établit par la reconnaissance volontaire ou par la recherche de la maternité (art. 334 et 341) : telles sont

(1) Toullier, t. II, p. 101, n° 865, et la critique de Duvergier.

les seules preuves légales. Le système de Toullier est extralégal.

8. Cependant un arrêt récent de la cour de cassation semble consacrer la doctrine de Toullier (1). Nous disons que l'arrêt semble adopter cette opinion : elle est, en effet, énoncée en termes absolus dans les motifs de la décision ; mais le dispositif est loin d'être aussi absolu. Il en résulte une théorie qui n'est ni celle de la loi, ni celle de Toullier, un je ne sais quoi qui n'a pas de nom. Voyons d'abord la théorie énoncée dans les motifs.

La mère est désignée dans deux actes de naissance, sur la déclaration du médecin accoucheur. Cette énonciation établit la filiation maternelle à l'égard des tiers, de sorte que les deux enfants ont entre eux les rapports de frères ou sœurs naturels, et par suite les biens de l'un passent à l'autre, en cas de prédécès de la mère, conformément à l'article 766 du code Napoléon. Telle est l'espèce. L'arrêt commence par constater que les deux actes de naissance ont été reçus sur la déclaration du médecin, il voit dans cette énonciation une *preuve de la filiation naturelle des enfants.* Ceci est une pure affirmation, que l'on est étonné de rencontrer dans les décisions d'une cour qui sait mieux que qui que ce soit qu'il ne suffit pas d'affirmer, qu'il faut prouver. Cette preuve de la filiation naturelle, dit l'arrêt, est *seulement contestée sous le rapport de son efficacité légale*. Qu'est-ce à dire? Peut-on séparer la *preuve* de son *efficacité légale?* N'est-ce pas précisément la force probante qui constitue l'essence de la preuve? L'arrêt continue en disant que cette preuve *n'a été combattue par aucune preuve contraire*. Y a-t-il lieu de faire la preuve contraire d'un fait qui n'est pas prouvé légalement? Quand le demandeur ne prouve rien, le défendeur n'a pas à faire de preuve contraire. Or, celui qui produit un acte de naissance pour établir la filiation naturelle ne prouve rien ; donc son adversaire n'a pas de preuve contraire à faire.

Ceci n'est encore qu'un préliminaire parfaitement inutile. Nous arrivons à la démonstration. Les registres de l'état

(1) Arrêt du 1er juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 177).

civil, dit la cour, sont destinés à constater l'état des personnes. Cela est vrai pour la filiation légitime, parce que la loi le dit; cela n'est pas vrai pour la filiation naturelle, parce que la loi ne le dit pas et qu'il ne saurait y avoir de preuve légale sans loi. Les registres, continue l'arrêt, « font donc foi des faits déclarés à l'officier public, dans les conditions que la loi a déterminées, et par ceux à qui elle a imposé le devoir de faire cette déclaration. » Oui, certes, quand la loi exige qu'un fait soit déclaré à l'officier public, c'est pour que ce fait fasse foi. Si donc le code exigeait formellement la déclaration de la maternité naturelle, il en faudrait conclure que cette énonciation doit faire quelque foi. Mais cela même est très-controversé et très-douteux. Et en supposant même que la loi veuille que le nom de la mère soit déclaré et énoncé, il faudrait encore prouver que c'est pour établir la filiation maternelle. Or, nous le répétons, le silence de la loi suffit pour démontrer que cela n'est pas, parce que, dans le silence de la loi, il n'y a plus de preuve légale. La cour avoue qu'il y a une différence entre l'inscription d'un enfant naturel et celle d'un enfant légitime, *pour le degré de foi due à la preuve résultant des actes de naissance*. Nous ne savons quelle est cette différence, et dans le système de la cour, il ne saurait y en avoir. En effet, l'acte de naissance d'un enfant légitime prouve, et seulement jusqu'à preuve contraire, le fait de l'accouchement et le nom de la mère; si l'acte de naissance fait aussi preuve en matière de filiation naturelle, il doit prouver également l'accouchement et le nom de la mère, sinon nous ne voyons pas ce qu'il prouverait. Où donc est la différence?

La cour elle-même dit, dans la suite de l'arrêt, que l'accouchement de la mère, c'est-à-dire le fait même de la maternité, étant un fait manifeste dont on peut rendre témoignage avec certitude, doit être énoncé par ceux qui sont chargés de déclarer la naissance. D'où elle conclut que l'acte doit faire foi du fait de la maternité. La cour invoque les articles 56 et 57. En supposant que ces articles aient le sens que la jurisprudence leur donne, ils ne prouveraient absolument rien en ce qui concerne la filiation.

Ce n'est pas au titre des Actes de l'état civil que la loi détermine la preuve qui en résulte quant à la filiation, c'est au titre de la Paternité; or, dans ce titre, elle distingue entre la filiation légitime et la filiation naturelle, et elle décide que la première seule s'établit par l'acte de naissance. Dans le système de la cour, l'article 319 serait parfaitement inutile; car s'il résulte des articles 56 et 57 que l'acte de naissance d'un enfant naturel fait preuve du fait de la maternité, à plus forte raison doit-il faire cette preuve quand il s'agit d'un enfant légitime. Pour que l'article 319 ait un sens, il faut dire que les articles 56 et 57 sont étrangers à la question de la filiation; dès lors ce n'est pas dans ces articles qu'il faut chercher la solution de la difficulté, c'est dans les articles 334 et 341, au titre de la Paternité.

Pour donner aux articles 56 et 57 une portée et une signification qu'ils n'ont pas, la cour est obligée de recourir au code pénal. Le législateur, dit-elle, a marqué le degré de foi dû aux déclarations que ces articles prescrivent, par la sanction d'une peine correctionnelle contre ceux qui ne feraient pas les déclarations, et par la sanction d'une peine plus sévère contre ceux qui déclareraient faussement qu'une femme est accouchée. Ces sanctions seraient sans motif, ajoute l'arrêt, si les déclarations ne faisaient pas foi de la maternité. Notre réponse est écrite dans l'article 319. C'est parce que les déclarations font foi de la filiation légitime que le législateur a établi des peines contre ceux qui ne les feraient pas ou qui en feraient de fausses. Et en supposant que le nom de la mère naturelle doive être déclaré, la sanction de la loi pénale aurait une raison d'être, abstraction faite de la question de filiation; car la déclaration de naissance intéresse l'ordre public, et cet intérêt suffit pour expliquer et justifier les dispositions du code pénal (1). Enfin, si les articles 56 et 57 sont étrangers à la preuve de la filiation, le code pénal qui les sanctionne ne peut pas fournir la preuve que ces dispositions ont pour but de prouver la filiation.

(1) Allard, *des Preuves de la filiation hors mariage*, n° 48.

Faut-il répéter que ce n'est pas plus au code pénal qu'au titre des Actes de l'état civil que se trouve le siége de la matière, que c'est au titre de la Paternité?

La cour n'a tenu aucun compte de l'esprit de la loi, il est cependant décisif. Elle met la filiation naturelle sur la même ligne que la filiation légitime. Nous ne dirons pas que le législateur favorise l'une et qu'il est indifférent à l'autre, pour ne pas dire hostile. Il faut concentrer la question sur l'acte de naissance. Y a-t-il parité entre la déclaration de naissance d'un enfant naturel et la déclaration de naissance d'un enfant légitime? Le législateur doit-il ajouter la même foi à une déclaration qui révèle la honte de la mère et à celle qui fait son orgueil et son bonheur? Que l'on dise que le législateur a dépassé les bornes de la défiance ou de la rigueur, en n'ajoutant aucune foi à la déclaration d'une naissance naturelle, nous le voulons bien; c'est faire la critique de la loi, tel n'en est pas moins son esprit; nous le constaterons à chaque pas; il est écrit dans nos textes mêmes. C'est l'acte de reconnaissance qui tient lieu à l'enfant d'acte de naissance. Eh bien, la loi veut que l'acte de reconnaissance soit une déclaration individuelle; si le père en reconnaissant son enfant indique la mère, la loi ne donne aucune force probante à cette indication, pas plus qu'à celle que la mère ferait de la paternité (art. 336) : tout doit émaner de l'aveu du père et de la mère. Et l'on veut que la déclaration d'un premier venu ait plus de force que celle qui émane du père ou de la mère (1)!

9. Nous disons que la doctrine de la cour de cassation n'a rien de précis, qu'elle est vague et indécise. Les motifs que nous venons de transcrire semblent décider la question d'une manière absolue, comme le fait Toullier. Il n'en est rien. Viennent maintenant les restrictions. Dans l'espèce qui se présentait devant la cour, il n'y avait aucune contestation de la part de la mère ni de ses ayants droit; la mère était morte; c'étaient des tiers qui contestaient les rapports de parenté naturelle que deux actes de

(1) C'est la remarque de l'annotateur de Dalloz, 1853, 1, 177, note 2.

naissance établissaient entre deux enfants. La cour insiste sur ce point : ce qui implique que dans sa pensée la décision eût été différente si la mère ou ses ayants droit avaient contesté l'état des enfants. Cette distinction entre les tiers et les parties n'a pas de sens quand il s'agit de la preuve résultant de l'acte de naissance. C'est un fait qui est déclaré par les personnes qui ont assisté à l'accouchement. La constatation de ce fait par un officier public lui imprime force probante à l'égard de toute la société. Il n'y a ni tiers ni parties à distinguer en cette matière. L'on fait cette distinction quand il s'agit d'une manifestation de volonté ou de consentement; ici personne ne consent, personne ne manifeste une volonté; il n'y a donc pas de parties et par conséquent pas de tiers (1).

Voilà une première restriction que la cour apporte à sa doctrine ; il en résulterait une conséquence que la science ne saurait admettre, c'est que le même titre ferait foi à l'égard de certaines personnes et ne ferait pas foi à l'égard des autres. Il s'agit d'un titre authentique. Or, il est de principe élémentaire que l'acte authentique fait la même foi à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties, quand il y a des parties et des tiers. A plus forte raison en doit-il être ainsi quand il n'y a ni tiers ni parties. L'arrêt fait encore une autre distinction ; il dit que l'article 341 implique l'idée de la preuve complète de l'accouchement de la mère au moyen de l'acte de naissance, puisqu'il impose seulement à l'enfant, en cas de contestation sur son identité, l'obligation de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont la mère par lui réclamée est accouchée. Cette distinction entre le fait de l'accouchement et le fait de l'identité est exacte en théorie, ainsi que dans son application à l'enfant légitime. Quant à lui, il est vrai de dire que l'acte de naissance prouve l'accouchement de telle femme mariée, mais il ne prouve pas l'identité; l'identité se prouve par témoins. Mais l'article 341 repousse précisément cette distinction, en ce sens que l'enfant naturel a une preuve complexe à faire, portant tout ensemble sur

(1) Seresia, *de l'Acte de naissance de l'enfant naturel*, p. 32.

l'accouchement et sur l'identité, et pour être reçu à faire cette double preuve, il doit avoir un commencement de preuve par écrit de l'un et l'autre fait. Ainsi, en cas de filiation naturelle, la loi réunit ce qu'elle sépare en cas de filiation légitime. Voilà pourquoi elle exige un commencement de preuve par écrit qui rende la filiation probable. S'il ne s'agissait dans l'article 341 que d'une contestation sur l'identité, comme le dit la cour, cette exigence de la loi n'aurait plus de raison d'être.

10. La cour fait encore d'autres restrictions qui limitent singulièrement les motifs généraux des considérants. « Attendu, en outre, porte l'arrêt, qu'il a été reconnu en fait par l'arrêt attaqué que la filiation et la qualité de sœurs naturelles (des deux enfants), comme nées de la même mère, sont prouvées non-seulement par leurs actes de naissance, mais encore par un *ensemble de faits* et de présomptions graves, précises et concordantes, appuyé de deux commencements de preuve par écrit, duquel il résulte que la déclaration du nom de la mère a été faite de son aveu dans l'acte de naissance de chacune d'elles. » Puis la cour décide que, *dans l'état des faits ainsi constatés*, la cour de Paris n'a violé aucune loi, en jugeant qu'à l'égard de l'administration des domaines qui réclamait la succession de l'un des enfants, le lien de parenté entre la défunte et sa sœur était suffisamment et légalement établi (1). Ces derniers termes de l'arrêt en font un arrêt d'espèce, tandis que les premiers considérants lui donnaient une valeur doctrinale. Pour le coup, nous ne savons plus quelle est l'opinion de la cour. Même restreinte aux faits de la cause, sa décision nous paraît inadmissible. Les

(1) Il y a un arrêt dans le même sens de la cour de Bordeaux du 19 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 628, 1°). Les considérants posent en principe que l'acte de naissance prouve la filiation ; après cela l'arrêt s'attache à prouver qu'il y a eu reconnaissance de la mère en vertu de l'article 336. Ne dirait-on pas que les cours se défient elles-mêmes de leur doctrine?

La cour de Cologne a décidé la question dans le même sens, par arrêt du 5 janvier 1848, confirmé par arrêt du 8 janvier 1850 de la cour de cassation de Berlin (*Belgique judiciaire*, t. XI, p. 1421). Voyez sur cet arrêt les observations critiques de M. Seresia : *de l'Acte de naissance de l'enfant naturel*.

faits et les présomptions qu'elle invoque peuvent-ils transformer un acte de naissance en un acte de reconnaissance? Telle est la question. L'acte de naissance vaut reconnaissance quand la mère y a reconnu son enfant ou qu'elle a donné mandat de le reconnaître. Dans l'espèce, la mère n'avait pas reconnu en personne ses enfants. Dès lors il fallait un mandat. Suffit-il, pour qu'il y ait mandat, qu'il y ait des présomptions appuyées sur un commencement de preuve par écrit? C'est transporter à la reconnaissance volontaire ce que le code dit de la recherche de la maternité. Nous disons que cela est inadmissible; en effet, l'article 36 exige une procuration spéciale et authentique pour tous les actes de l'état civil, donc aussi pour la reconnaissance faite dans l'acte de naissance. Est-ce qu'un acte authentique se remplace par des présomptions et un commencement de preuve par écrit?

11. Il y a un arrêt postérieur de la cour de cassation qui reproduit dans ses motifs les considérants de l'arrêt de 1853 (1), mais avec de nouvelles modifications, qui prouvent combien la jurisprudence de la cour est hésitante dans cette grave matière. L'arrêt de 1856 pose en principe que l'acte de naissance d'un enfant naturel, dressé sur la déclaration de la sage-femme qui assistait à l'accouchement, et contenant indication par celle-ci des noms et domicile de la mère, fait foi de l'accouchement, c'est-à-dire du fait même de la maternité. Mais, dit la cour, cet acte ne constitue pas par lui-même et à lui seul la preuve de l'état de l'enfant qui prétend s'en appliquer le bénéfice; il doit, en outre, établir son identité avec l'enfant dont la mère est accouchée. Jusqu'ici nous sommes dans les termes du premier arrêt, qui supposait aussi que l'accouchement se prouve par l'acte de naissance et que le seul objet de l'article 341 est de décider comment, en cas de contestation, se prouvera l'identité. L'arrêt de 1856 ajoute que la constatation de l'identité peut encore résulter d'une *reconnaissance formelle ou tacite de la mère*. Qu'est-ce que cette reconnaissance? Est-ce la reconnaissance de la filiation

(1) Arrêt du 19 novembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 412).

naturelle? Non, car un acte de reconnaissance ne prouve pas l'identité, pas plus qu'un acte de naissance. Il faut donc supposer que la mère a reconnu que l'enfant qui réclame sa filiation est identique avec celui dont elle est accouchée. Mais une pareille reconnaissance serait aussi une reconnaissance de la filiation ; de sorte qu'en définitive l'acte de naissance ne servirait à rien à l'enfant ; il ne servirait du moins pas à prouver la filiation de l'enfant, puisqu'il lui faut de plus prouver son identité par voie de recherche ou de reconnaissance. La cour ajoute que cette reconnaissance peut être tacite, c'est-à-dire qu'elle peut résulter de la possession d'état. La doctrine de la cour serait donc celle-ci : la filiation des enfants naturels s'établit par l'acte de naissance, cet acte suffit quand l'identité est constante ; si elle est contestée, il faut de plus une reconnaissance de l'identité par la mère, soit par acte, soit par possession d'état, soit par la recherche de la maternité. Que l'on compare ce système avec les textes, et il sera clair comme le jour que la cour de cassation fait la loi au lieu de l'interpréter. C'est ce que nous avons prouvé d'avance; nous allons compléter la preuve en opposant à la jurisprudence de la cour de cassation les arrêts des cours d'appel qui ont consacré les vrais principes.

12. Quand on veut savoir comment se prouve la filiation, c'est le titre de la Filiation qu'il faut consulter. C'est ce qu'a fait la cour de Lyon. Or, le premier article de la section II, qui traite de la reconnaissance des enfants naturels, porte : « La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance. » Cet article (334) suffit pour décider la question. Il nous apprend dans quel cas, sous quelle condition l'acte de naissance fait foi de la filiation naturelle : c'est quand l'enfant naturel y a été reconnu. Donc par lui-même l'acte de naissance ne prouve rien quant à la filiation naturelle. Il en serait ainsi, ajoute la cour, quand même l'enfant naturel invoquerait la possession d'état; car l'article 334 exclut la possession d'état, par cela seul qu'il exige une reconnaissance authentique,

c'est-à-dire une manifestation expresse de la volonté du père et de la mère (1).

Dans le système de la cour de cassation, on fait, pour ainsi dire, abstraction du chapitre III du titre de la Paternité, et on applique aux enfants naturels la disposition de l'article 319, d'après lequel la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance. Une pareille interprétation, dit la cour de Metz, est contraire au texte comme à l'esprit de la loi. Pourquoi y aurait-il deux chapitres sur la preuve de la filiation, si les principes qui régissent la filiation légitime étaient applicables à la filiation naturelle? La raison pour laquelle la loi traite dans des chapitres distincts de ces deux filiations est évidente, c'est que les principes sont tout à fait différents, et les principes diffèrent parce que le législateur favorise l'enfant qui veut prouver sa légitimité, tandis qu'il se défie de l'enfant qui veut prouver sa filiation naturelle (2). Il est donc souverainement illogique de mettre les deux filiations sur la même ligne.

Qu'est-ce que l'acte de naissance prouve, en définitive, quand l'enfant est naturel? Rien, dit la cour de Caen, sinon qu'un enfant est né. Et cela est conforme aux principes généraux. Lorsqu'un officier public reçoit des déclarations, l'acte qu'il dresse fait foi seulement du fait matériel des déclarations, il ne prouve pas que ces déclarations soient vraies; si ces déclarations émanaient de personnes qui ne sont pas parties à l'acte, elles ne feraient aucune foi. Or, telle est bien la déclaration de naissance que font à l'officier de l'état civil les premiers venus qui se présentent comme ayant assisté à l'accouchement. Si la loi y ajoute foi, quand il s'agit d'enfants légitimes, c'est par faveur pour la légitimité. S'agit-il d'enfants naturels, la loi exige un aveu du père et de la mère. Donc personne ne peut, sans cet aveu, leur attribuer une paternité ou une maternité (3).

(1) Lyon, 20 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 186).
(2) Metz, 21 juin 1853 (Dalloz, 1856, 2, 193). Voyez, dans le même sens, un arrêt de Besançon, du 12 juillet 1855 (Dalloz, 1857, 2, 18).
(3) Caen, 1er mars 1860 (Dalloz, 1861, 2, 12).

La jurisprudence des cours d'appel est loin d'être fixée en ce sens. Nous n'avons examiné jusqu'ici que la question de savoir si l'acte de naissance fait preuve complète de la filiation naturelle. Si on la décide négativement, comme nous l'avons fait, il naît une autre difficulté : l'acte de naissance fait-il foi de l'un des éléments qui constituent la preuve de la filiation maternelle de l'enfant naturel? Nous posons à dessein la question en termes très-vagues, parce qu'elle implique des difficultés de tout genre et qu'elle a donné lieu aux décisions les plus diverses. Nous y reviendrons.

II. *De la possession d'état.*

13. Le code admet la possession d'état comme preuve de la filiation des enfants légitimes (art. 320). En traitant de la filiation des enfants naturels, il ne mentionne plus la possession d'état. Le silence de la loi suffit pour rejeter la possession comme preuve légale : peut-il être question d'une preuve légale sans loi? Cependant beaucoup d'auteurs enseignent que la maternité naturelle peut s'établir par la possession; et il y a de nombreux arrêts en faveur de cette opinion. Proudhon fut le premier, croyons-nous, qui la professa en se fondant sur les travaux préparatoires. La commission chargée de rédiger un projet de code civil avait admis la possession d'état comme un commencement de preuve qui rendait la preuve testimoniale recevable. Cette disposition ne fut pas adoptée par le conseil d'Etat. Que faut-il conclure de cette modification? Proudhon cite les paroles de Portalis qui prouvent, selon lui, que l'intention des auteurs du code a été de considérer la possession comme une preuve complète de la filiation maternelle. « Il est absurde, disait Portalis, de présenter la possession constante comme un simple commencement de preuve, puisque cette sorte de possession est la plus naturelle et la plus complète de toutes les preuves. Toutes les fois que l'on jouit de son état constamment, publiquement et sans trouble, on a le plus puissant de tous les titres. Des faits de possession isolés, passagers peuvent n'être qu'un com-

mencement de preuve ; mais il y a preuve entière lorsqu'il y a possession constante. » Sur cette observation, dit Proudhon, la rédaction primitive fut changée ; il faut donc tenir pour certain qu'un enfant naturel est *très-légalement* reconnu par la mère qui l'a allaité, nourri et élevé, quand même elle n'aurait pas confessé la maternité dans un acte authentique (1).

Si les paroles prononcées au conseil d'Etat avaient force de loi, Proudhon aurait raison ; mais il faudrait aller plus loin et dire que la possession d'état prouve aussi la paternité naturelle, car quoique prononcées à l'occasion de la maternité, les paroles de Portalis sont générales, et elles s'appliquent certainement à la paternité aussi bien qu'à la maternité. Pourquoi donc Proudhon distingue-t-il? La loi établit une différence entre la paternité et la maternité; elle interdit la recherche de la filiation paternelle, elle admet la recherche de la maternité. De là suit, dit-on, que l'enfant naturel n'a qu'un moyen de prouver sa filiation paternelle, un acte de reconnaissance authentique, tandis qu'il peut rechercher sa mère en invoquant la possession d'état. Tel est le frêle fondement de la distinction qu'on fait entre la preuve de la paternité et celle de la maternité. Le texte et l'esprit de la loi la condamnent.

Le texte admet deux moyens de prouver la filiation naturelle : la reconnaissance et la recherche. Est-ce que la possession d'état est une reconnaissance? Non, puisque la loi exige que la reconnaissance se fasse par acte authentique (art. 334). La possession peut-elle être invoquée par l'enfant qui recherche sa filiation en justice? Il ne peut pas rechercher sa filiation paternelle, il ne saurait donc être question de possession d'état comme preuve de la paternité. La recherche de la maternité est admise (article 341), mais à quelles conditions? Il faut que l'enfant prouve l'accouchement de la mère et son identité, et il n'est reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il a un commencement de preuve par écrit. L'enfant pourra

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 143 et 144. Comparez Duranton, t. III, p. 236, nº 238. Bonnier, *Traité des preuves*, nº 144. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. Ier, nº 399.

donc prouver son identité par la possession d'état, s'il a un commencement de preuve; quant à l'accouchement, il ne peut évidemment pas se prouver par la possession d'état.

Tel est, d'après le texte, le rôle que la possession joue dans la preuve de la filiation naturelle. Les paroles prononcées au conseil d'Etat peuvent-elles modifier le texte? Il n'est pas même permis de poser la question. Tout ce qu'on peut conclure des paroles de Portalis, c'est qu'il y avait de bonnes raisons pour admettre la possession comme preuve complète de la filiation, soit paternelle, soit maternelle. Mais Portalis ne fit aucune proposition en ce sens; le conseil n'eut donc pas à délibérer sur la question, bien moins encore prit-il une décision quelconque. Il y a donc silence de la loi. Or, que signifie le silence de la loi quand il s'agit d'une preuve qui ne peut exister qu'en vertu de la loi? C'est que cette preuve prétendue n'est pas une preuve légale, pas plus pour la maternité que pour la paternité (1).

14. La jurisprudence est divisée sur cette question, de même que la doctrine. C'est à peine si l'on peut dire qu'il existe une jurisprudence, les faits variant d'une espèce à l'autre, et par suite les décisions. Il y a des arrêts qui admettent la possession d'état d'une manière absolue, comme preuve de la maternité; nous n'y trouvons d'autres arguments que ceux que Proudhon a fait valoir (2). Un arrêt de la cour de Paris admet les aveux des parents confirmés par la possession d'état; dans l'espèce, l'aïeule avait déclaré la naissance de l'enfant, et le conseil de famille l'avait reconnu; de plus, l'enfant avait été élevé dans la maison maternelle. Voilà certes, si l'on pouvait faire abstraction des textes et des principes, des motifs suffisants pour admettre la filiation maternelle. Mais si l'on tient compte de la loi, toutes ces preuves s'évanouissent. L'aïeule a-t-elle le droit de reconnaître l'enfant? le conseil de fa-

(1) Toullier, t. II, n°s 970 et 971. Loiseau, *des Enfants naturels*, p. 525 et suiv. Marcadé, t. II, art. 340, n° 6, p. 75.

(2) Arrêts de Bastia, du 17 décembre 1834 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 648, 1°); de Bruxelles, du 29 décembre 1852, rendu sur les conclusions contraires du ministère public (*Pasicrisie*, 1853, 2, 71).

mille a-t-il ce droit? Non, certes; reste la possession d'état qui à elle seule n'est pas une preuve (1).

Il y a des arrêts qui admettent la possession d'état quand elle est conforme à l'acte de naissance. Encore une fois, si la question pouvait être décidée en théorie ou en équité, nous nous rangerions à cet avis. On conçoit qu'à lui seul l'acte de naissance soit suspect, quand il s'agit de la filiation naturelle. Pourquoi? Parce que la mère cache sa honte, et on ne peut lui opposer une déclaration faite par des étrangers. Mais quand la mère élève l'enfant, quand elle le traite comme sien, cet aveu de sa maternité ne vient-il pas confirmer la déclaration de naissance? La mère s'approprie en quelque sorte cette déclaration; les deux faits réunis ne forment-ils pas une reconnaissance aussi certaine que celle qui serait faite dans un acte authentique? Ce sont ces considérations qui ont en partie déterminé la cour de Rouen dans une espèce où la filiation ne pouvait laisser le moindre doute. Un enfant est inscrit au nom de sa mère, on lui donne le nom d'Alexis. Le jour même de la naissance, on dépose à l'hospice général un enfant avec cette indication : « Je m'appelle Alexis; j'ai été déposé le 15 octobre 1809, à huit heures du soir. » Dix ans plus tard, la mère réclame son enfant; il lui est remis; elle l'élève, elle ne le quitte plus jusqu'à sa mort. Ces faits, appuyés de l'acte de naissance, n'équivalent-ils pas à un acte (2)? Qui voudrait le nier? Toutefois, la rigueur des principes condamne ces décisions; l'acte de naissance n'est pas une preuve légale de la filiation naturelle, et la possession d'état pas davantage. Or, comment veut-on que deux preuves qui ne sont pas légales deviennent une preuve légale par leur concours? Cela est un non-sens juridique. Mais ce non-sens témoigne contre la loi, car elle est en contradiction ouverte avec la réalité des choses; voilà pourquoi les tribunaux cherchent à s'y soustraire, et si le droit les condamne, l'équité les

(1) Paris, 27 juin 1812 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 648, 8°).

(2) Rouen, 19 décembre 1844 (Dalloz, 1845, 2, 97). Dans le même sens. Paris, 26 juillet 1849 (Dalloz, 1849, 2, 220); Liége, 22 mai 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 5); Bruxelles, 14 août 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 7).

approuve. C'est un avertissement pour le législateur : il ne doit pas mettre le juge dans la nécessité de violer l'équité en respectant le droit.

D'autres arrêts ont vu dans l'acte de naissance un commencement de preuve qui se trouve complété par la possession d'état (1). Le résultat est le même; les principes s'opposent à ce que l'acte de naissance fasse foi de quoi que ce soit, quand il s'agit de la filiation naturelle; c'est ce que nous établirons plus loin. Dès lors la possession d'état ne saurait donner à l'acte une force probante qu'il n'a pas par lui-même. Cependant il s'est présenté des espèces tellement favorables que l'on ose à peine critiquer la décision des juges; on est tenté plutôt de condamner la rigueur injuste de la loi. L'acte de naissance indique la mère sans son aveu; mais la mère élève son enfant et le traite comme sien pendant dix-sept ans. L'enfant meurt; le domaine vient réclamer sa succession. Il est dans son droit. En effet, légalement cet enfant n'a pas de mère, il n'a pas d'héritiers. Quoi! s'est dit le juge, cet enfant n'a pas de mère, alors que sa mère l'a allaité, élevé, entretenu depuis sa naissance jusqu'à sa mort! Que la mère puisse contester la déclaration faite devant l'officier de l'état civil, sans son consentement, cela se comprend; mais quand, au lieu de la contester, elle la confirme, elle la fait sienne, on viendra lui dire, après dix-sept ans de soins maternels, qu'elle n'est pas mère! Aux yeux de la loi, elle ne l'est pas; mais certes elle l'est aux yeux de la nature. Et le cri de la nature l'emporte sur la légalité (2)!

Enfin la jurisprudence a essayé d'échapper à la rigueur de la loi par une autre voie. Les dispositions du code sur la filiation supposent que c'est la filiation qui fait l'objet du procès, c'est-à-dire que l'enfant exerce une action en réclamation d'état; s'il réclame sa filiation, il doit la prouver par un acte authentique, ou rechercher sa maternité, en remplissant les conditions prescrites par l'article 341. Mais si l'enfant réclame simplement un droit d'hérédité, le

(1) Paris, 18 mars 1850 (Dalloz, 1851, 2, 30).
(2) Grenoble, 12 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 245.)

débat ne porte plus sur la filiation, il a pour objet un intérêt pécuniaire; quand même les prétentions de l'enfant seraient admises, il n'aurait toujours pas d'état, pas de filiation. Donc il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions rigoureuses sur la filiation naturelle (1). Il faut vraiment que la loi soit mauvaise pour que les tribunaux aient songé à une pareille interprétation. Sans doute, en théorie, on distingue l'état, considéré comme droit moral, des droits pécuniaires qui y sont attachés. Est-ce à dire que l'on puisse exercer ces droits pécuniaires sans réclamer l'état d'où ils dérivent? Et si l'état est la cause du droit d'hérédité, ne faut-il pas prouver l'état et ne faut-il pas le prouver conformément aux règles générales qui régissent cette preuve? Y a-t-il par hasard deux espèces d'état ou deux espèces de moyens pour le prouver? Nous n'insistons pas, car la distinction n'a pas de sens.

15. Il y a des arrêts nombreux en sens contraire. Il est inutile de s'arrêter à ceux qui n'apportent aucun élément nouveau dans le débat. La cour de Lyon a jugé que l'enfant ne peut réclamer un droit d'hérédité sur la succession de sa mère que s'il est légalement reconnu, c'est-à-dire s'il a un acte de reconnaissance ou s'il a obtenu un jugement sur une recherche de maternité (2). Nous croyons que cette décision est irréprochable au point de vue des principes; mais l'équité la désavoue. Si la mère a traité l'enfant comme sien de son vivant, il faut aussi qu'il soit traité comme tel après sa mort. Le bon sens se refuse à diviser l'état de cet enfant; reconnu par sa mère tant qu'elle vivait, il est souverainement injuste qu'il cesse d'avoir une filiation quand il est en présence des héritiers de la mère. Si cela est conforme au droit, cela blesse, par contre, le sentiment de l'équité. La cour de cassation a donné sa sanction à cette interprétation rigoureuse de la loi, en cassant un arrêt qui avait jugé que la possession d'état conforme à l'acte de naissance suffisait pour établir la filiation naturelle (3). Chose remarquable! La cour se borne

(1) Paris, 10 mai 1851 (Dalloz, 1353, 2, 117).
(2) Lyon, 31 décembre 1835 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 693).
(3) Arrêt de cassation du 17 février 1851 (Dalloz, 1851, 1, 113).

à transcrire les articles du code pour motiver sa décision; tant il est vrai que le texte de la loi ne laisse aucun doute et que l'opinion contraire est une doctrine extralégale. Nous applaudissons à cette rigueur : c'est la mission de la cour de cassation de maintenir l'autorité de la loi, même quand la loi est contraire à l'équité. Si l'application de la loi, dans toute sa sévérité, révolte la conscience, c'est au législateur à intervenir pour rétablir l'harmonie entre l'équité et le droit.

Alors même que les juges plient sous l'autorité de la loi, ils cherchent d'autres moyens pour la réconcilier avec l'équité. Ce conflit s'est présenté devant la cour de Paris et a donné lieu à une singulière décision. Un enfant est inscrit sous le nom de sa mère, il reçoit les soins maternels pendant tout le cours de sa vie, il porte le nom de sa mère, il est considéré comme son fils naturel dans l'opinion publique; il décède légataire d'une somme de deux mille francs, que le domaine vient réclamer par voie de déshérence. Le tribunal de la Seine cède au cri de la conscience, ce sont ses expressions; il invoque, en droit, l'acte de naissance et la possession d'état. Ce système échoue devant la cour d'appel; la mère, dit-elle, ne peut succéder à son enfant que si elle l'a reconnu, et l'acte de naissance ni la possession d'état ne valent reconnaissance. Vainement invoque-t-on l'équité; la mère a à se reprocher de n'avoir pas reconnu l'enfant. Le tribunal avait d'avance répondu à ce reproche étrange. A quelle classe de la société appartiennent les mères naturelles? Aux classes pauvres et illettrées. Que savent-elles d'un acte de reconnaissance? Elles sont présumées connaître le droit! Oui, et la société ne veille pas même à ce qu'elles sachent lire! La déclaration de naissance est conforme à la vérité, la mère ne renie pas son enfant, comme cela se fait chez les grandes dames; elle donne ses soins à l'enfant qui n'a pas de père. Et quand elle a le malheur de le perdre, le fisc viendra enlever le modique héritage qu'il possède, en disant à la mère qu'elle n'est pas sa mère. Légalement, non. Mais celle qui a rempli ses devoirs de mère ne doit-elle pas en exercer les droits? La cour de Paris l'a senti; malgré le

reproche qu'elle adresse à la mère, elle a trouvé un moyen de lui assurer ce petit capital de deux mille francs. Elle n'est pas mère, et elle a fait des dépenses pour l'entretien de l'enfant; elle a droit à être remboursée de ses avances; il est vrai qu'elle n'a pas de preuve écrite, mais les soins qu'elle a donnés à l'enfant ne sauraient être mis en doute dans la conviction de la cour; donc elle lui adjuge les deux mille francs à titre d'indemnité (1). Tels sont les tours de force auxquels une loi inique oblige de recourir pour concilier le droit avec l'équité!

La cour de Lyon a jugé dans le même sens. Dans l'espèce, la possession d'état n'était pas assez caractérisée, au jugement de la cour. Par contre, l'enfant invoquait un acte de naissance confirmé par une déclaration de grossesse que la mère avait faite devant l'officier de l'état civil peu de temps avant ses couches, déclaration que l'officier public inséra dans l'acte de l'état civil. La cour refusa de reconnaître aucune force probante à cette déclaration, et au point de vue des principes, elle avait raison. Aux termes de l'article 35, l'officier de l'état civil ne peut rien insérer dans les actes que ce qui doit être déclaré par les comparants. Dès lors il ne peut recevoir ni constater une déclaration de grossesse, et s'il la reçoit, elle ne fait aucune foi (2). Cela est de toute évidence. Mais qu'est-ce que la conscience dit de cette décision? La mère ignorante aura cru assurer l'état de son enfant en faisant une déclaration de grossesse; c'est certes, dans sa pensée, une reconnaissance. Elle a péché par ignorance; soit! Mais l'officier public n'est-il pas tout aussi ignorant? Et si l'ignorance règne à ce point, le vrai coupable ne serait-il pas le législateur? L'instruction devrait être le premier de ses soins, et jusqu'ici il ne s'en est guère soucié, du moins dans nos pays latins!

Un arrêt de la cour de Pau vient justifier, en partie du moins, la rigueur de la loi. L'enfant invoquait son acte de naissance et il demandait à faire preuve de la possession

(1) Paris, 26 avril 1852 (Dalloz, 1853, 2, 181).
(2) Lyon, 20 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 186).

d'état. Mais la possession était contestée, et dès qu'elle est déniée, peut-on y ajouter foi? En fait, il est certain que la possession d'état ne présente pas la même garantie dans le cas de filiation naturelle que quand il s'agit de filiation légitime. L'enfant naturel n'a point de famille, comment donc y serait-il reconnu? Dès lors la base ne manque-t-elle pas à la possession d'état? La preuve de cette possession ne serait-elle pas dangereuse (1)? Ces considérations ne sont pas sans gravité; c'est au législateur à en tenir compte. Mais elles ne sont pas décisives contre l'enfant naturel; elles ne prouvent qu'une chose, c'est qu'il y a une lacune dans la loi, et il n'appartient pas à l'interprète de la combler.

La position de l'enfant qui n'a pas d'acte de naissance et qui invoque des faits de possession est encore plus défavorable. Sa prétention doit être repoussée. Le droit ne donne lieu à aucun doute sérieux. Comme le dit la cour de Pau, le législateur a établi des règles spéciales pour la filiation naturelle; il a compris le danger des réclamations qui viendraient porter le trouble au sein de la société, en même temps que le scandale, en révélant les désordres de la mère; il a voulu éviter qu'à l'aide d'équivoques et d'une preuve testimoniale sujette à la corruption et à l'erreur, on pût donner à des enfants des titres qui ne leur appartiennent pas (2).

16. Nous avons supposé jusqu'ici que la maternité était l'objet du débat. Que faut-il décider de la paternité? M. Demolombe a soutenu que la paternité peut se prouver par la possession d'état aussi bien que la maternité. Cette opinion tout à fait nouvelle a trouvé quelque faveur dans l'école de droit de Paris; MM. Valette et Oudot l'enseignent (3). Du reste elle est repoussée généralement. Nous pourrions nous dispenser d'en parler, car elle n'a aucun fondement ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi. Si nous croyons devoir nous y arrêter, c'est parce qu'elle

(1) Pau, 28 juin 1855 (Dalloz, 1856, 2, 258). Voyez, dans le même sens, un arrêt bien motivé de Caen, déjà cité, du 1er mars 1860 (Dalloz, 1861, 2, 12).
(2) Pau, 24 juin 1857 (Dalloz, 1857, 2, 154).
(3) Mourlon, *Répétitions*, t. 1er, p. 478, note.

offre un exemple remarquable d'une mauvaise tendance que nous avons déjà signalée et qui consiste à substituer au système du code un nouveau système, tendance funeste qui transforme l'interprète en législateur, et jette l'incertitude et l'arbitraire dans la science du droit, en abandonnant tout au caprice des sentiments individuels. Notre livre s'adresse aux jeunes générations; il importe de les tenir en garde contre ce désir irréfléchi d'innovation. Sans doute il faut innover, mais en signalant les vices de la loi que la pratique découvre; ce n'est pas à l'interprète à les corriger, c'est au législateur. Il est vrai qu'il y a un inconvénient attaché aux réformes par voie législative, c'est qu'elles se font lentement; les défauts des lois subsistant, les magistrats sont tentés d'y remédier par une interprétation plus ou moins arbitraire. Mais, par contre, la codification du droit a tant d'avantages sur le droit coutumier et scientifique, que nous devons supporter avec patience l'inconvénient que nous venons de signaler. Mieux vaut, après tout, un code imparfait qu'un droit incertain.

Les arguments que M. Demolombe fait valoir sont excellents, mais ils s'adressent tous au législateur (1). Nous croyons avec lui que la possession d'état est une espèce de reconnaissance que le père fait de l'enfant qu'il élève, qu'il présente comme sien dans sa famille, dans la société; est-ce à dire que le juge puisse l'admettre? Non, car c'est une reconnaissance tacite, et la loi exige que la reconnaissance se fasse par acte authentique, c'est-à-dire qu'elle soit expresse et solennelle. C'est au législateur à voir si, outre cette reconnaissance expresse, il veut admettre la possession d'état qui, en matière de filiation naturelle, est moins caractérisée, moins sûre par conséquent que dans le cas de filiation légitime. C'est donc à la loi de définir cette possession d'une espèce particulière et les conditions sous lesquelles elle veut la consacrer.

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 458 et suiv., nº 480. Voyez, en sens contraire, Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 478 et suiv. Marcadé, t. II, p. 75, art. 340, nº VI. Dalloz, au mot *Paternité*, nº 645. Zachariæ, t. IV, § 470, note 3, p. 74.

Quand il s'agit de preuves légales, il ne suffit pas de motifs d'analogie, il faut une loi, un texte. Or, nous avons une section entière où il est traité de la filiation naturelle; elle est intitulée *De la reconnaissance des enfants naturels*. Nous y lisons que la paternité ne peut s'établir que par la reconnaissance volontaire, car la recherche de la paternité est interdite. Comment M. Demolombe écarte-t-il les textes formels des articles 334 et 340? Il nie que la possession d'état soit une recherche de la paternité: l'enfant, dit-il, qui a la possession d'état, possède la filiation, il ne la recherche pas. Qui ne voit que cela est jouer sur les mots? Les faits qui constituent la possession peuvent être contestés, ils le sont nécessairement, on doit le supposer, pour que la question de preuve puisse s'élever; et dès qu'il y a contestation, il y a recherche, débat judiciaire sur la paternité; or, le législateur a voulu éviter ces débats. Sans doute, il y a une différence entre la preuve directe de la paternité et la preuve de la filiation par la possession d'état. Mais cette différence, encore une fois, nous ramène devant le pouvoir législatif. C'est à lui à voir si la recherche par la possession d'état peut être admise, bien qu'en général la recherche de la paternité soit interdite. Il s'agit de créer une exception à la règle, et l'interprète peut-il créer des exceptions? Vainement M. Demolombe argumente-t-il *a fortiori;* vainement dit-il que si l'on admet la recherche de la paternité en cas d'enlèvement, on doit à plus forte raison admettre la preuve par la possession d'état. Pour toute réponse, nous le renvoyons au législateur : c'est à lui et à lui seul qu'il appartient d'établir des règles sur les preuves et les exceptions qu'elles peuvent recevoir.

M. Demolombe a essayé d'expliquer le silence que le code garde sur la possession d'état dans la section qui traite de la filiation naturelle. Il a invoqué la discussion; il est inutile de le suivre sur ce terrain; aux paroles de Portalis qu'il cite, on a opposé les paroles de Bigot-Préameneu : on aurait pu se contenter de répondre que les discussions ne font pas loi; et, nous le répétons, les preuves ne s'établissent que par la loi. Or, la loi ne consacre la

possession d'état qu'en matière de filiation légitime. La question se réduit donc à savoir si l'on peut étendre à la filiation naturelle les dispositions du code sur la filiation des enfants légitimes. Nous y avons répondu d'avance (nos 1 et 2). La réponse se trouve dans nos textes; il suffit de les lire pour se convaincre qu'il y a deux systèmes tout différents en matière de filiation : l'un favorable à la légitimité, l'autre hostile à la filiation naturelle. Il serait contraire aux principes les plus élémentaires d'interprétation d'étendre à la filiation naturelle des règles qui ont été établies en faveur de la filiation légitime.

17. Dès l'année 1827, la cour de cassation a repoussé la possession d'état que l'on avait essayé de présenter devant elle, en invoquant les raisons que M. Demolombe a plus tard développées. La cour s'est bornée à opposer à ces prétentions le texte des articles 334 et 340 (1). Que de controverses on préviendrait, si l'on avait plus de respect pour la volonté du législateur! Et quand cette volonté est clairement formulée dans les textes, pourquoi la chercher ailleurs? La question s'est représentée devant la cour en 1861. Chose remarquable! Le demandeur n'osa pas soutenir le système de M. Demolombe; il se borna à invoquer la possession d'état à l'appui d'un acte irrégulier, qui selon lui, impliquait la reconnaissance de l'enfant naturel. Celui-ci était désigné sous le nom du père dans un acte de vente où le père figurait comme vendeur. Une désignation n'est pas une reconnaissance : comment la possession, insuffisante par elle-même, pouvait-elle, jointe à un acte qui n'était pas une reconnaissance, prouver la filiation naturelle? Deux semblants de preuve formeraient-ils une preuve réelle? La cour de cassation rejeta cette étrange doctrine et elle repoussa en même temps la théorie de M. Demolombe, en termes formels. Il lui suffit encore pour cela de citer l'article 320, la seule disposition que le code contienne sur la possession d'état en matière de filiation : il l'admet comme preuve, mais en faveur de qui? En faveur des enfants légitimes. Si, dit la cour, le législa-

(1) Arrêt du 13 mars 1827 (Dalloz, au mot *Paternité*, no 558).

teur eût voulu rendre ce principe commun à la filiation naturelle, il n'eût pas manqué de déclarer sa volonté d'une manière expresse. Le silence du code, comme nous l'avons dit bien des fois, est décisif en cette matière. Il résulte du texte et de l'esprit de la loi, dit la cour, que ce silence est volontaire, que la possession d'état n'a été admise qu'en faveur du mariage, fondement de la famille. Cela décide la question contre les enfants naturels (1).

Les cours d'appel avaient déjà condamné l'opinion de M. Demolombe. Son principal argument est l'analogie. Existe-t-elle réellement? La cour de Lyon le nie. En effet, l'un des éléments essentiels de la possession, c'est que l'enfant ait été reconnu par la famille, c'est-à-dire par ceux-là mêmes qui seraient intéressés à le repousser. Or, l'enfant naturel n'a pas de famille; les parents du père n'ont aucun intérêt à le repousser, parce qu'il ne peut rien leur demander. La base manque donc à la possession d'état quand la filiation est illégitime (2).

Devant la cour d'Orléans, la question a fait l'objet d'un débat solennel. Le ministère public, dans des conclusions savamment motivées, combattit l'opinion de M. Demolombe, en remarquant que cette opinion était restée à peu près isolée. La cour adopta ses conclusions. Elle fait valoir un motif historique qui n'est pas sans importance au point de vue de la législation. La loi de brumaire an II, si favorable aux enfants naturels, ne leur permettait de prouver leur filiation par la possession d'état que si leurs père et mère étaient décédés lors de sa promulgation; pour l'avenir, et jusqu'à la promulgation d'un nouveau code civil, elle prescrivait la reconnaissance par acte authentique. Lors de la discussion du code, la possession n'était donc pas admise comme preuve; les auteurs du code n'ont fait que maintenir le droit existant. Si leur intention avait été d'innover, ils auraient certainement exprimé leur volonté

(1) Arrêt du 16 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 29).

(2) Lyon, 20 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 186). Voyez, dans le même sens, Caen, 1er mars 1860 (Dalloz, 1861, 2, 12); Agen, 27 novembre 1866 (Dalloz, 1866, 2, 235); Liége, 25 janvier 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 90); cour de cassation de Belgique, 11 janvier 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 1, 182).

dans une disposition formelle : on ne fait pas d'innovation par voie de silence (1).

18. On demande s'il faut appliquer à la filiation naturelle l'article 322, aux termes duquel nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre, et nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance. Dans l'opinion que nous avons enseignée sur l'acte de naissance et sur la possession d'état, la question ne peut pas même être posée. Si l'acte de naissance ne prouve pas la filiation naturelle et si la possession ne la prouve pas, comment veut-on que réunis ils fassent preuve complète? Ce serait un non-sens juridique. La question ne peut donc être soulevée que si l'on admet comme preuves de la filiation naturelle, et la possession d'état et l'acte de naissance. Or, il se trouve que la plupart des auteurs et des tribunaux sont divisés sur cette question, les uns admettant la possession, au moins pour la filiation maternelle et rejetant l'acte de naissance; d'autres admettant, en un certain sens, l'acte de naissance et repoussant la possession. Tous devraient donc s'accorder à ne pas appliquer l'article 322 à la filiation naturelle : car cette disposition suppose bien évidemment que le titre à lui seul, que la possession à elle seule établissent la filiation; voilà pourquoi la loi attache une si grande autorité aux deux preuves quand elles concourent. Toutefois il y a une grande divergence d'opinions dans la doctrine et dans la jurisprudence sur le point de savoir si l'article 322 est applicable à la filiation naturelle; et il en est ainsi malheureusement dans toute cette matière.

Zachariæ, l'un des auteurs les plus sûrs, suppose que l'enfant réclame sa filiation légitime, alors que son acte de naissance et sa possession lui donnent l'état d'enfant naturel d'une autre femme que celle dont il se prétend issu. L'enfant, dit-il, sera repoussé par l'article 322; en effet, il s'agit d'une réclamation d'enfant légitime, et non d'une réclamation d'enfant naturel, ce qui implique que, dans

(1) Orléans, 10 mai 1860 (Dalloz, 1860, 2, 144).

son opinion, l'article 322 ne serait plus applicable si l'enfant réclamait une filiation naturelle différente de celle que lui donnent son titre et sa possession. Zachariæ donne comme motif que l'article 322 ne distingue pas si l'état contraire à l'état réclamé est un état d'enfant légitime ou un état d'enfant naturel (1). Si le texte ne fait pas cette distinction, c'est que le législateur ne pouvait pas même supposer que l'on voulût appliquer à la filiation naturelle une disposition qui n'a de sens que s'il s'agit d'un enfant légitime. C'est après avoir dit que la filiation des enfants légitimes se prouve par l'acte de naissance, et qu'à défaut de titre la possession d'état suffit, que la loi déclare que le concours des deux preuves fait preuve complète. De quoi? Naturellement de la filiation légitime, puisqu'il n'est parlé que de celle-là; donc quand le titre constate une filiation naturelle ainsi que la possession, nous ne sommes plus dans le cas de l'article 322. Dès lors, l'enfant pourra réclamer sa filiation légitime, quoique son titre et sa possession lui attribuent une filiation naturelle.

De même, l'enfant peut réclamer une autre filiation naturelle que celle que lui donnent son titre et sa possession d'enfant naturel. Et l'on peut contester son état quoique reposant sur un titre et sur la possession. De titre d'abord il ne peut être question, car l'article 322 entend par titre l'acte de naissance; or, il est généralement admis que l'acte de naissance par lui seul n'est pas un titre qui prouve la filiation naturelle. Le titre de l'enfant naturel, c'est l'acte par lequel il a été reconnu. Pour appliquer l'article 322 à la filiation naturelle, il faudrait donc commencer par en changer le texte, ce qui s'appelle faire la loi. Si nous nous bornons à l'interpréter, la question que nous débattons n'en sera plus une. C'est la filiation légitime que le code civil veut mettre à l'abri de toute attaque, quand les deux preuves par excellence de l'état des hommes concourent, l'acte de naissance et la possession. Le législateur avait-il les mêmes raisons pour déclarer irrévocable et perpétuel l'état d'un enfant illégitime? Non,

(1) Zachariæ, édition de Rau et Aubry, t. III, p. 665, note 16.

certes ; quand cet enfant réclame sa légitimité, malgré son titre et sa possession, la loi favorise sa réclamation, parce que celle-ci tend à donner la légitimité à celui qui en a été dépouillé. L'enfant veut-il seulement réclamer une autre filiation naturelle, la loi doit encore favoriser sa réclamation, sans se laisser arrêter par le titre et la possession contraires. En effet, le titre et la possession ne présentent pas la même garantie quand il s'agit de la filiation d'un enfant naturel que lorsqu'il s'agit de la filiation légitime; la fraude joue un grand rôle dans la première, tandis que, dans la seconde, elle est pour ainsi dire inconnue. Aussi la loi déclare-t-elle dans les termes les plus absolus que « toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt (art. 339). » Voilà une disposition qui exclut toute distinction, et il n'y avait pas lieu de distinguer s'il y a ou non possession d'état, puisque la loi ne mentionne pas même la possession, quand il s'agit de la filiation naturelle (1).

La jurisprudence est divisée. Il a été jugé, contrairement à l'opinion de Zachariæ, que l'enfant naturel, bien que reconnu et ayant une possession d'état conforme à la reconnaissance, peut réclamer la maternité d'une femme mariée, c'est-à-dire l'état d'enfant légitime; la cour de cassation a décidé, dans cette espèce, que l'article 322, inscrit au chapitre des preuves de la filiation des enfants légitimes, ne peut pas s'appliquer à la filiation des enfants naturels (2). La même cour a refusé d'appliquer l'article 322 à une action en contestation de filiation naturelle, par la raison que celle-ci pouvait toujours être contestée (art. 339) (3).

Il y a des arrêts en sens contraire. La cour de Paris,

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 475, n° 481.

(2) Arrêt du 13 février 1839 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 653, p. 395). Comparez un arrêt de la cour de Bordeaux du 25 mai 1848 (Dalloz, 1848, 2, 170), qui donne la même raison dans les considérants.

(3) Arrêt du 12 février 1868 (Dalloz, 1868, 1, 58). La cour de Douai a décidé en termes absolus que l'article 322 est exclusivement applicable à la filiation légitime.

adoptant les motifs du tribunal de la Seine, a décidé que l'article 322 devait être appliqué à toute espèce de filiation, parce qu'il est conçu dans les termes les plus généraux (1). Peu importe, ajoute la cour d'Aix, qu'il soit sous la rubrique *De la filiation des enfants légitimes*, car il n'est pas le seul qui, quoique placé sous cette rubrique, s'applique incontestablement aux deux filiations (2). Sans doute, mais quels sont ces articles? Il faut que l'on ait une règle d'interprétation qui serve à distinguer les articles que l'on doit appliquer à la filiation naturelle et ceux que l'on ne peut appliquer qu'à la filiation légitime. Nous avons dit quel est notre avis (n°s 1 et 2). On chercherait vainement un principe dans la jurisprudence. La cour d'Aix dit qu'il faut assurer l'état des personnes, le repos des familles et le bon ordre de la société. Tel est à la vérité l'esprit de la loi quand il s'agit de la filiation légitime, mais le législateur n'a pas attaché la même importance à la filiation naturelle. Dans le système consacré par le code civil, il ne pouvait pas même être question d'un concours de preuves qui assure la filiation naturelle, car il n'y en a qu'une seule, la reconnaissance, et cette preuve unique inspire si peu de confiance au législateur, qu'il permet de la contester toujours. Voilà encore une controverse qui cesserait si l'on s'en tenait au texte et à l'esprit de la loi.

III. *De la preuve testimoniale.*

19. L'article 323 permet à l'enfant qui n'a ni titre ni possession d'état de prouver sa filiation légitime par témoins. Il n'est reçu à faire cette preuve que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions et indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour en déterminer l'admission. L'article 324 définit le commencement de preuve par écrit; cette définition diffère de celle que donne l'article 1347. On de-

(1) Paris, 10 mai 1851 (Dalloz, 1853, 2, 115).
(2) Aix, 30 mai 1866 (Dalloz, 1866, 2, 205).

mande si les articles 323 et 324 s'appliquent à la filiation naturelle. L'enfant naturel peut rechercher sa maternité; la recherche se fait par la preuve testimoniale; mais aux termes de l'article 341, il n'est reçu à faire cette preuve que lorsqu'il a déjà un commencement de preuve par écrit. On voit qu'il y a de l'analogie entre les preuves que le code admet pour établir la filiation légitime, lorsqu'il n'y a ni titre ni possession, et les preuves qui établissent la maternité naturelle. Il y a aussi des différences. L'article 341 ne définit pas le commencement de preuve par écrit : faut-il s'en référer à la définition de l'article 324 ou à celle de l'article 1347? Il y a une deuxième différence : l'article 341 ne mentionne pas les indices ou présomptions qui d'après l'article 323 équivalent à un commencement de preuve par écrit : peut-on appliquer cette dernière disposition par analogie à la filiation naturelle? Nous examinerons ces questions plus loin.

§ III. *De l'état des enfants naturels.*

20. Il y a une grande différence entre l'état des enfants naturels et l'état des enfants légitimes : ceux-ci ont une famille, tandis que ceux-là n'ont d'autres parents que le père ou la mère qui les ont reconnus. La raison de cette différence est d'abord que les enfants naturels n'ont de filiation que par la reconnaissance; or, la reconnaissance résulte ou d'un acte ou d'un jugement. L'acte de reconnaissance est un aveu, c'est-à-dire une manifestation de volonté, et tout consentement n'a d'effet qu'à l'égard de celui de qui il émane. Quant au jugement, par sa nature, il est sans effet à l'égard de ceux qui n'ont pas été parties en cause. Dès lors la reconnaissance n'existe et ne produit d'effet qu'à l'égard des père et mère de l'enfant naturel.

Cette première raison n'est cependant pas décisive. En effet, la filiation légitime aussi repose parfois sur une espèce d'aveu, quand l'enfant invoque la possession d'état, ou sur un jugement quand il prouve sa légitimité par la preuve testimoniale. Néanmoins, une fois la preuve faite,

l'enfant entre dans la famille de ses père et mère. Pourquoi la reconnaissance ou le jugement n'ont-ils pas le même effet en matière de filiation naturelle? On ne peut donner d'autre motif que la défaveur dont la loi frappe la filiation illégitime. Elle la restreint dans les limites les plus étroites, parce qu'il en résulte une espèce de tache. Le déshonneur est personnel, donc la filiation naturelle qui implique une faute plus ou moins grave, doit aussi être personnelle.

Le code pénal contient une application remarquable de ce principe. Aux termes de l'article 299, le meurtre des père ou mère naturels est qualifié de parricide, tandis que le meurtre d'un ascendant n'est un parricide que si l'ascendant est légitime. En effet, il n'y a pas d'ascendants naturels. Il y a exception à cette règle dans la matière des empêchements au mariage : la loi prohibe le mariage entre ascendants et descendants naturels, entre frères et sœurs naturels. Nous en avons dit la raison : en dépit des rigueurs de la loi, le lien du sang existe et le cri de la conscience domine les fictions légales. Mais les exceptions, comme nous disons en droit, confirment la règle. Il faut donc l'appliquer aux dispositions où la loi parle en termes généraux des *ascendants, descendants, frères* ou *sœurs, parents* ou alliés; la parenté naturelle est exclue par cela seul que les textes ne la mentionnent pas. C'est la conséquence du principe élémentaire qui régit les exceptions (1) : la règle reçoit son application dans tous les cas où la loi n'y déroge pas.

21. L'application du principe donne lieu à une difficulté sur laquelle il y a controverse. Existe-t-il un lien de parenté légale entre les père et mère d'un enfant naturel et les descendants de ce dernier? Quand les descendants sont naturels, la chose n'est pas douteuse; il n'y a pas d'ascendants ni de descendants naturels autres que les père ou mère et l'enfant naturel reconnu par eux. Mais si les descendants sont légitimes, on pourrait dire qu'ils sont

(1) Demolombe, t. V, p. 553 et suiv., nos 546 et 547. En sens contraire, Zachariæ, t. IV, p. 36 et suiv.

liés par un lien civil avec les père et mère de leurs parents, puisque ceux-ci sont liés par un lien civil. C'est l'opinion de M. Demolombe : nous préférons l'avis contraire de Zachariæ. Oui, le lien qui attache les père et mère des descendants légitimes à leur père est un lien légal, mais ce lien dérive de la reconnaissance, c'est-à-dire de la parenté naturelle, et ce lien est purement personnel; donc on ne peut l'étendre. Tel est aussi l'esprit de la loi : la parenté naturelle est une tache qui se perpétue en ce sens qu'elle se transmet aux descendants ; ceux-ci n'ont toujours pas de famille autre que leurs père et mère, et si les père et mère n'ont pas de famille, comment leurs descendants en auraient-ils une? On objecte l'article 759, qui donne aux descendants de l'enfant naturel prédécédé le droit de recueillir la part que leur père aurait recueillie dans la succession de ceux qui l'ont reconnu. Mais cet article ne fait qu'étendre à la parenté naturelle le bénéfice de la représentation. Ce qui prouve que malgré ce bénéfice il n'y a pas de parenté entre les ascendants et les descendants de l'enfant naturel, c'est que les ascendants ne succèdent pas aux descendants. M. Demolombe le reconnaît. S'ils ne succèdent pas, c'est parce qu'il n'y a pas de lien civil entre eux et les descendants de l'enfant naturel qu'ils ont reconnu. Il faut donc conclure avec Zachariæ que les ascendants n'auraient pas même droit à des aliments; l'obligation alimentaire n'existe qu'entre parents, et dans l'espèce il n'y a pas de parenté (1).

22. C'est en ce sens que l'on dit que l'enfant naturel n'a point de famille. Est-ce à dire qu'il n'ait point d'état? Celui qui a une filiation a nécessairement un état; or, l'enfant naturel a une filiation, donc il a un état. Qu'importe que sa filiation lui donne des droits moins étendus que la filiation légitime? Tout ce que cela prouve, c'est que son état est moins précieux, moins honorable même, si l'on veut, que celui de l'enfant légitime. Il n'est pas moins vrai que l'enfant naturel a des droits comme tel ; il porte le

(1) Zachariæ, t. IV, p. 37, § 567. Demolombe, t. V, p. 557 et suiv., nos 550-552.)

nom de son père, de sa mère, il a droit à l'éducation, aux aliments, à l'hérédité; il a donc une famille dans un sens restreint, donc un état. Tronchet a proclamé ce principe au sein du conseil d'Etat. « L'enfant naturel, dit-il, a un état dans la société (1). » La cour de cassation a consacré la même doctrine en termes formels. « L'état des personnes, porte l'arrêt, consistant dans les rapports que la nature et la loi civile établissent, indépendamment de la volonté des parties, entre un individu et ceux dont il tient la naissance, la filiation naturelle, non moins que la filiation légitime, constitue un état duquel dérivent et des devoirs et des droits (2). »

Le principe a été combattu. On a nié que l'état des enfants naturels dérivât de la nature, comme celui des enfants légitimes. De ceux-ci on peut dire que leur état existe indépendamment de leur volonté; il suffit d'une déclaration de naissance faite à l'officier de l'état civil, ou de certains faits de possession, pour que leur légitimité soit assurée. Il n'en est pas de même de l'enfant naturel; il faut un aveu du père ou une recherche de l'enfant pour qu'il ait une filiation; sa filiation dépend donc non de la nature, mais d'une manifestation de volonté, sans laquelle elle n'existe pas. Donc on ne peut pas dire avec la cour de cassation que son état existe indépendamment de la volonté des parties, et par conséquent il n'a pas d'état véritable (3). La cour de Grenoble a répondu longuement à cette argumentation, et sa réponse nous paraît péremptoire (4). Quand on dit que l'état consiste dans des rapports que la nature établit, cela signifie qu'ils dérivent du fait de la naissance. Est-ce que ce fait est moins l'œuvre de la nature pour les enfants naturels que pour les enfants légitimes? Il est vrai que le fait doit être constaté et qu'il ne l'est pour la filiation naturelle que par un aveu ou une recherche; mais la filiation légitime aussi est parfois éta-

(1) Séance du conseil d'Etat du 26 brumaire an x, n° 14 (Locré, t. III, p. 59).

(2) Arrêt de cassation du 12 juin 1838 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 633, 2°).

(3) Carette, dans le *Recueil d'arrêts* de Devilleneuve, 1838, 1, 699.

(4) Grenoble, 18 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 633, 2°, p. 379 et suiv.).

blie par une reconnaissance ou une recherche. Est-ce que la possession d'état n'est pas un aveu? est-ce que l'action en réclamation d'état que l'enfant intente, quand il n'a ni titre ni possession, n'est pas une recherche? Quant aux droits qui constituent l'essence de l'état, ils sont les mêmes, sauf l'étendue, pour les deux filiations, et tous sont l'ouvrage de la nature. C'est parce que le père donne le jour à un enfant qu'il lui doit l'éducation, les aliments et une part dans son hérédité, part qui ne peut pas plus être enlevée à l'enfant naturel qu'à l'enfant légitime.

23. Du principe que l'enfant naturel a un état aussi bien que l'enfant légitime, suit qu'il faut appliquer à l'état de l'enfant naturel ce que nous avons dit de l'état de l'enfant légitime (1). L'état est d'ordre public, il est hors du commerce; on ne peut faire de conventions ni de transactions sur l'état; il ne s'acquiert ni ne se perd par la prescription. Toutes ces règles reçoivent leur application à l'état de l'enfant naturel. On l'a contesté. La cour d'Aix a décidé que l'enfant naturel pouvait transiger sur son état et sur les droits qui y sont relatifs. Ces transactions, dit-elle, loin d'être contraires à l'intérêt de la société, satisfont la morale, en évitant une publicité qui, dans les réclamations de cette nature, ne peut être que fâcheuse, puisqu'elle tend à déshonorer la femme dont l'enfant se prétend issu. Il y a du vrai dans ces considérations : la recherche de la maternité naturelle donne lieu à des débats scandaleux; mais le scandale n'a pas arrêté le législateur, puisqu'il a admis l'action de l'enfant; dès lors il n'y a plus de distinction à faire entre l'enfant naturel et l'enfant légitime; les différences qui existent entre les deux filiations ne touchent pas à l'essence de l'état. C'est ce que la cour de cassation a décidé sur le pourvoi qui a été formé contre l'arrêt de la cour d'Aix. L'état de l'enfant naturel étant l'œuvre de la nature et de la loi, et non le produit de la volonté des parties, cette même volonté serait impuissante pour le détruire. D'ailleurs l'état de l'enfant naturel n'est pas dans le commerce, il ne peut donc faire l'objet

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, nos 426-430, p. 536-540.

d'une convention (art. 1128) ni d'une transaction (art. 2045). La cour d'Aix invoque l'article 328 qui déclare l'action en réclamation d'état imprescriptible à l'égard de l'enfant légitime, et le code ne contient pas de disposition analogue pour la filiation naturelle (1). Ce que nous venons de dire répond à l'objection. Par cela seul que l'état est hors du commerce, il ne peut se prescrire; l'article 328 ne fait donc que consacrer un principe de droit commun qui, par suite, reçoit son application à la filiation naturelle aussi bien qu'à la filiation légitime.

La transaction sur l'état même est nulle; pour mieux dire, non existante puisqu'elle manque d'objet; mais rien n'empêche l'enfant naturel de transiger sur les droits pécuniaires attachés à la filiation; ceux-ci sont dans le commerce. L'application du principe n'est pas sans difficulté. L'état et les droits qui en dérivent ne forment-ils pas un tout indivisible? Et si la transaction sur l'état est nulle, d'une nullité radicale, comment peut-on maintenir les renonciations aux droits avec lesquels l'état se confond? La question soulève une difficulté de fait plutôt que de droit. En principe, on distingue et on sépare facilement les intérêts pécuniaires et l'état d'où ils découlent; en fait, il se peut que le contrat portant tout ensemble sur l'état et sur les intérêts d'argent, il ne soit pas possible au juge de diviser la convention, en distinguant, par exemple, dans le prix ce qui a été stipulé pour la renonciation à l'hérédité et ce qui a été stipulé pour la renonciation à l'état; le juge ne pouvant, en ce cas, diviser la convention, elle sera nulle pour le tout. C'est ce que la cour de Grenoble a jugé par l'arrêt que nous avons déjà cité, et sa décision a été confirmée par la cour de cassation, laquelle a jugé que l'interprétation de la transaction, quant à l'indivisibilité des clauses qu'elle renferme, est une question de fait qu'il appartenait à la cour d'appel de décider souverainement (2). Toutefois si la cour d'appel constatait

(1) Aix, 16 juin 1836, et les arrêts précités de la cour de cassation et de la cour de Grenoble (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 632, 1° et 2°).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 22 avril 1840 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 633, p. 380).

en fait qu'un seul et même prix a été stipulé, tant pour la renonciation à l'état que pour la renonciation à un droit d'hérédité, et si malgré cela la cour d'appel divisait la convention en écartant entièrement la renonciation à l'état, tout en reconnaissant que la renonciation à l'état forme partie intégrante de la convention, il y aurait violation de la loi si la cour maintenait la transaction, et par suite la cour de cassation devrait casser la décision (1).

Dans une autre espèce, la cour de cassation a maintenu la transaction, parce qu'elle était indépendante de la question d'état. Un enfant naturel demande sa part dans la succession contre les héritiers légitimes; pour justifier son action, il conclut préalablement à ce que son acte de naissance soit rectifié; puis il transige sur le partage de l'hérédité. La transaction ne portait pas sur l'état; ce qui le prouve, c'est que l'état de l'enfant naturel ne lui avait jamais été contesté par les défendeurs; dès lors il ne s'agissait que de droits purement pécuniaires, ce qui rendait la transaction valable (2).

24. Nous avons dit que l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant naturel aussi bien qu'à l'égard de l'enfant légitime. C'est une conséquence évidente des principes consacrés par la cour de cassation. La cour d'Aix avait décidé le contraire en sefondant sur le silence de la loi. La cour d'Orléans a jugé que l'action est imprescriptible (3); cette décision est irréprochable, mais il importe de préciser les vrais motifs de décider. On lit dans l'arrêt de la cour que l'article 328, quoique placé sous la rubrique des preuves de la filiation des enfants légitimes, s'applique également aux enfants naturels, parce qu'il est conçu en termes généraux. C'est une mauvaise raison; on pourrait l'invoquer pour tous les articles de la section consacrée à la filiation des enfants légitimes; l'argument est donc de ceux qui prouvent trop. Il y a une raison de décider qui est sans réplique : l'état des personnes

(1) Ainsi jugé par arrêt de cassation du 27 février 1839 (Dalloz, au mot *Transaction*, n° 73).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 9 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 228).
(3) Orléans, 16 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 2, 17).

n'étant pas dans le commerce, ne peut s'acquérir ni se perdre par la prescription. De là suit que lors même que le code n'aurait pas déclaré l'action en réclamation d'état imprescriptible, on aurait néanmoins dû admettre l'imprescriptibilité. C'est dire que l'article 328 ne fait qu'appliquer les principes généraux de droit; à ce titre, on peut l'invoquer pour la filiation naturelle.

25. Le code Napoléon contient des dispositions tout à fait exceptionnelles sur la compétence des tribunaux civils en matière de filiation légitime : il déclare qu'ils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état, et que s'il y a lieu à une action criminelle, celle-ci ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. On demande si les articles 326 et 327 sont applicables à la filiation naturelle. La jurisprudence les applique et, chose remarquable, les arrêts ont décidé la question implicitement sans qu'il y ait eu un débat (1). C'est dire que l'on considère la solution comme évidente. Il y a cependant un motif de douter, c'est le caractère tout à fait exceptionnel de ces dispositions. N'est-ce pas le cas d'invoquer le vieil adage que les exceptions ne s'étendent jamais, pas même par motif d'analogie? S'il n'y avait que des motifs d'analogie, il faudrait maintenir la maxime que nous venons de rappeler, car elle est fondamentale. Mais il y a plus qu'analogie, il y a identité d'hypothèse. L'état, nous venons de le voir, est le même pour les enfants naturels et pour les enfants légitimes; il n'y a donc pas deux états, il n'y en a qu'un; cet état unique doit être régi par des principes identiques. Peu importe la place qu'occupent les articles 326 et 327. Nous ne disons pas que le classement est toujours chose indifférente; il sert parfois à préciser le sens de la loi, mais le classement ne peut avoir pour effet que des dispositions générales par leur essence deviennent spéciales parce qu'elles se trouvent sous telle rubrique plutôt que sous telle autre. Il est vrai que les articles 326 et 327 sont exceptionnels, mais l'exception n'est pas motivée par la considération que la filiation est

(1) Voyez les arrêts dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 369.

légitime, elle se fonde sur la nature particulière des questions d'état (1). Dès lors la circonstance que la filiation est naturelle n'y peut rien changer. En ce sens, les dispositions de la loi sont générales, tout en étant exceptionnelles.

SECTION II. — De la reconnaissance volontaire.

§ Ier. *Qui peut reconnaître.*

No 1. DE LA RECONNAISSANCE DES PÈRE ET MÈRE.

26. La reconnaissance de l'enfant naturel est l'aveu que le père fait de sa paternité, ou la mère de sa maternité. Cet aveu est essentiellement personnel. Pour le père, cela est évident; puisque la recherche de la paternité est interdite, la filiation paternelle ne peut être constatée que par l'aveu volontaire du père. On ne conçoit même pas qu'un étranger intervienne dans un aveu que le père seul peut faire en connaissance de cause. La maternité, il est vrai, peut être recherchée; mais pour le moment il ne s'agit pas de cette recherche, il s'agit de l'aveu volontaire que la mère fait de sa maternité; c'est à elle à voir si elle veut remplir ce devoir de conscience en bravant la honte; précisément parce qu'il y a honte, personne n'a qualité pour avouer sans son consentement ou malgré elle un fait qui, à défaut de reconnaissance volontaire, ne peut être établi que par une recherche judiciaire. Il est donc hors de doute que le père ne peut faire de reconnaissance au nom de son fils ou de sa fille, ni le tuteur au nom d'un mineur ou d'un interdit. L'application de ce principe est parfois bien dure pour l'enfant naturel. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de cassation. Le père de l'enfant naturel conçu meurt au moment où il allait épouser la femme enceinte de ses œuvres. Après sa mort, son père déclare la naissance de l'enfant à l'officier de l'état civil, et le reconnaît pour son petit-fils; plus tard il renouvelle cette reconnaissance dans un acte spécial. Cependant l'enfant est

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, nos 471-477, p. 593-603.

écarté de la succession de son aïeul; il se pourvoit en vain devant la cour de cassation : il n'y avait pas de reconnaissance, pas de filiation, donc pas de droit d'hérédité (1). La loi est dure, mais c'est la loi.

27. La reconnaissance étant un aveu personnel, il s'ensuit qu'elle n'existe qu'à l'égard de celui de qui elle émane, c'est-à-dire que le père peut seulement reconnaître la filiation paternelle et la mère la filiation maternelle. De là suit encore que le père qui reconnaît l'enfant ne peut pas indiquer la mère, et que la mère ne peut indiquer le père. Si cette indication se trouvait dans l'acte de reconnaissance, elle ne produirait aucun effet. Il faut dire plus : l'officier de l'état civil ne pourrait pas même recevoir une déclaration pareille, puisque, aux termes de l'article 35, il ne peut insérer dans l'acte que ce qui doit être déclaré par les comparants; or, aucune loi ne fait un devoir au père de déclarer le nom de la mère, ni à la mère de déclarer le nom du père.

Ces principes sont admis par tout le monde en tant qu'il s'agit de la mère. Il n'en est pas de même du père. On prétend que l'article 336 autorise le père à déclarer le nom de la mère, et on attribue à cette déclaration des effets très-importants. « La reconnaissance du père, dit la loi, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père. » Prise à la lettre, cette disposition est tellement évidente, qu'il était inutile de la formuler dans le code. Si on l'a insérée, n'en faut-il pas conclure qu'elle a un autre sens encore que le sens littéral, qu'elle implique que si le père indique la mère, cette indication prouvera la maternité, si la mère l'avoue d'une manière quelconque? Et comme la loi ne contient pas de disposition analogue quant à la mère, n'en faut-il pas conclure que la mère n'a pas le droit d'indiquer le père, et que cette indication, si elle la faisait, n'aurait aucun effet? De sorte que la loi attacherait une plus grande foi à la déclaration du père qu'à celle de la mère. Telle est l'interprétation admise par la

(1) Arrêt de la cour de cassation du 11 juillet 1826 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 42). Zachariæ, t. IV, p. 39, § 568.

jurisprudence et par plusieurs auteurs. Nous la croyons contraire au texte et à l'esprit de la loi.

Le texte ne dit certes pas ce qu'on lui fait dire. Il applique au père le principe élémentaire que la reconnaissance est un aveu personnel et ne peut émaner que du père; et il est évident qu'il en est de même de la reconnaissance que fait la mère. De ce que la loi ne parle que du père, faut-il conclure qu'elle lui donne le droit d'indiquer la mère, tandis qu'elle ne donne pas ce droit à la mère? La loi ne dit pas cela. Les mots : *sans l'indication et l'aveu de la mère* signifient *sans l'indication de la mère faite de son aveu;* ils n'impliquent donc pas que le père ait le droit de déclarer la mère sans que celle-ci y ait consenti. Une pareille faculté accordée au père serait contraire à tout principe. Que faut-il donc conclure du texte? Que si le père indique le nom de la mère sans que celle-ci l'ait autorisé à faire cette déclaration, l'indication n'aura aucun effet à l'égard de la mère : il y a plus, le père n'a pas le droit de faire une déclaration pareille, et d'après l'article 35, l'officier de l'état civil ne peut pas la recevoir. Pour les actes notariés, il n'y a pas de disposition analogue à celle de l'article 35; il se pourrait donc que l'indication de la mère fût reçue par le notaire; si c'est sans l'aveu de la mère, elle est inopérante. Que si le père indique le nom de la mère de *son aveu*, ce consentement vaut autorisation; le père est dans ce cas mandataire de la mère, et il va sans dire que la reconnaissance aura effet à l'égard de la mère, puisqu'elle émanera d'elle. Mais aussi il faudra que cet aveu ou cette autorisation soient faits dans les formes voulues pour les procurations : nous reviendrons sur ce point (1).

Ainsi interprété, l'article 336 est en harmonie avec le principe fondamental de la reconnaissance. On prétend que cette disposition a un autre sens, et l'on invoque pour le prouver la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat (2). Ceci est déjà très-suspect. Nous n'admettons pas que la

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 51 (art. 336, nº I).

(2) Zachariæ, t. IV, p. 54, note 24, et les auteurs qu'il cite, Toullier, Duranton, Favard. Il faut ajouter Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 118 et suiv., nº 64 *bis* I et II.

discussion puisse faire dire à un texte le contraire de ce qui y est clairement écrit, à moins qu'il ne soit démontré que le texte est en opposition avec la volonté certaine des auteurs de la loi. Dans l'espèce, cette volonté est si peu certaine que l'on cite aussi les travaux préparatoires en faveur de l'opinion que nous soutenons (1). Il est certain que l'esprit de la loi, tel qu'il se manifeste dans la discussion, est en harmonie avec le texte tel que nous venons de l'expliquer. Nous allons résumer le débat en quelques mots.

Le projet de code civil contenait une disposition ainsi conçue : « Toute reconnaissance du père seul, non avouée par la mère, sera de nul effet, tant à l'égard du père que de la mère. » On fondait ce principe sur l'incertitude de la paternité, la mère seule pouvant savoir à qui est l'enfant qu'elle met au jour. La disposition fut rejetée et avec raison; elle était contraire au droit et à l'intérêt de l'enfant, qui risquait de n'être pas reconnu, si sa mère refusait de le reconnaître; elle était encore contraire au droit qu'a le père de reconnaître l'enfant, droit qui est l'accomplissement d'un devoir. Il fallait donc permettre au père aussi bien qu'à la mère de reconnaître l'enfant, au père sans le concours de la mère, et à la mère sans le concours du père. C'était l'application du vrai principe que la reconnaissance est un fait personnel, individuel. La nouvelle disposition fut adoptée en ces termes : « La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu. » Cette rédaction fit place à celle que nous trouvons dans l'article 336, sans que l'on voie par les travaux préparatoires quels furent les motifs de ce changement (2). Toujours est-il que la nouvelle rédaction ne peut pas impliquer un nouveau système; sans cela il en resterait des traces dans les procès-verbaux ou dans les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat.

(1) Marcadé, art. 336, n° II (t. II, p. 52). Valette sur Proudhon, t. II, p. 142, note *a*. Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 469. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. Ier, p. 345. Demolombe, t. V, p. 358-366, n°s 383-385.

(2) Séances du conseil d'Etat du 26 brumaire an x, n° 14, et du 29 fructidor an x, n° 24 (Locré, t. III, p. 58 et suiv., 74).

Or, les procès-verbaux sont muets, et les discours interprètent la loi dans le sens que nous lui donnons.

Lahary, dans son rapport au Tribunat, dit que l'article 336 consacre le principe que le père ne peut pas donner par sa reconnaissance un titre à l'enfant contre la mère, c'est-à-dire que la reconnaissance est personnelle et individuelle. Bigot-Préameneu s'attache à démontrer que la loi a dû donner au père le droit de reconnaître l'enfant, sans l'aveu de la mère ; c'est encore proclamer le principe adopté par le conseil d'Etat, celui de l'individualité de la reconnaissance. Duveyrier dit de même que le père doit avoir le droit de reconnaître l'enfant, sans que l'on exige ni la déclaration, ni l'aveu, ni même la désignation de la mère (2). En définitive, nous trouvons partout le même principe : la reconnaissance est un fait personnel à celui qui reconnaît l'enfant.

28. La jurisprudence donne un autre sens à l'article 336. On suppose que le père reconnaît l'enfant et indique la mère, sans que celle-ci l'ait autorisé à faire cette déclaration. Postérieurement elle fait l'aveu de sa maternité. De quelque manière que cet aveu se fasse, expressément ou tacitement, il établira la filiation maternelle de l'enfant. Nous n'hésitons pas à le dire : les tribunaux font la loi au lieu de l'interpréter. C'est la cour de cassation qui a pris l'initiative de cette jurisprudence en cassant un arrêt de la cour de Cayenne. Celle-ci avait entendu les mots *l'aveu de la mère* dans le sens naturel qu'ils présentent, c'est-à-dire que la mère doit consentir à l'indication que fait le père, et ce consentement doit se donner au moment où le père fait sa déclaration ; car si la mère n'y consent point, de quel droit le père révélerait-il le nom de la mère ? La cour de cassation décida que lorsque le père indique la mère, un aveu postérieur de celle-ci suffit pour qu'il y ait reconnaissance de la maternité ; que la loi ne prescrit aucune forme dans laquelle cet aveu doive se faire, que les tribunaux ne peuvent se montrer plus sévères que la loi.

(1) Lahary, Rapport, n° 35. Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 36. Duveyrier, Discours, n° 46 (Locré, t. III, p. 115, 95 et 139).

En conséquence, elle admit à titre d'aveu, dans le sens de l'article 336, le fait de la mère d'avoir comparu à un inventaire, comme mère de deux enfants naturels, sans aucune déclaration de sa part (1). Nous disons que cet arrêt viole le texte et l'esprit de la loi. Le texte : la loi exige une reconnaissance par acte authentique (art. 334); si donc l'indication de la mère vaut reconnaissance, d'après l'article 336, il faut qu'il y ait une manifestation de volonté de la mère, faite par acte authentique : donc ces mots *l'aveu de la mère* supposent que l'aveu est donné lors de la reconnaissance du père, c'est-à-dire que par son aveu elle concourt à l'acte comme partie. Tel est aussi le sens grammatical de la phrase : l'*indication et l'aveu,* dit le texte, donc l'aveu accompagne l'indication. Quant à l'esprit de la loi, nous venons de le constater. Tout ce que le législateur a voulu, c'est que le père pût reconnaître sans le concours de la mère; il n'a pas songé à donner au père le droit de désigner la mère, par l'excellente raison que la maternité ne peut être révélée que par la mère. Le législateur avait même peu de confiance dans la déclaration du père; il voulait d'abord qu'il ne pût reconnaître l'enfant qu'avec le concours de la mère; il lui a permis ensuite de faire une reconnaissance personnelle, mais c'est dépasser sa volonté que de dire, comme le fait la jurisprudence, que non seulement le père peut reconnaître l'enfant, mais que de plus il peut indiquer la mère, avec cet effet que l'indication suivie d'un aveu quelconque de la mère vaut reconnaissance.

La cour de cassation dit que les tribunaux ne doivent pas se montrer plus sévères que la loi. Non, mais ont-ils le droit de se montrer moins sévères? Telle est la tendance de la jurisprudence. La loi a été trop rigoureuse; le juge, placé en face des faits, plie la rigueur de la loi sous les exigences de l'équité. La décision de la cour de cassation, que nous critiquons au point de vue des principes, est on ne peut pas plus équitable. Il s'agissait d'une

(1) Arrêt de cassation du 26 avril 1824 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 555, 6º) Arrêt identique du 22 juin 1813 (Dalloz, *ibid.*, nº 492).

mère qui cohabitait avec le père, qui avouait sa maternité, qui en remplissait tous les devoirs; après la mort de ses enfants, on vint lui contester leur héritage, parce que, légalement, ces enfants n'étaient pas à elle. La conscience se révolte, et son cri l'emporte sur la rigueur excessive de la loi.

29. La jurisprudence, une fois engagée dans cette voie, l'a suivie jusqu'au bout. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il y avait une espèce d'aveu consigné dans un acte authentique; on pouvait donc dire que la reconnaissance de la mère était authentique. Est-ce à dire que l'aveu doive être constaté par un officier public? Non, l'article 336 ne l'exige pas; cet article fait exception à la règle posée par l'article 334. Ainsi jugé par la cour de Douai (1). L'espèce était très-favorable à la mère; elle n'avait cessé de prodiguer ses soins à son enfant, mais quand elle se présenta à la succession comme héritière, on la repoussa; elle n'était pas la mère. Aux yeux de la loi, non! Mais la loi a tort de se mettre en opposition avec la nature; les magistrats laissent la loi là et s'en tiennent à l'équité!

30. Si un aveu fait dans un acte sous seing privé suffit, pourquoi pas un aveu tacite? L'article 336 n'exige qu'un aveu; or, l'aveu peut être tacite; dès lors, si la mère traite l'enfant comme lui appartenant, elle reconnaît par cela même sa maternité. Ce n'est pas la possession d'état que l'on invoque, dit la cour de Bordeaux; la filiation résulte de l'acte de reconnaissance du père où le nom de la mère est indiqué; la mère s'approprie cette reconnaissance en traitant l'enfant comme sien. Voilà l'aveu; cet aveu ne fait que compléter la reconnaissance. On voit par l'arrêt que la cour est à la recherche de moyens et d'arguments pour valider la légitimation de deux enfants naturels qui avaient été reconnus par le père avec indication de la mère, et sans le concours de celle-ci; mais le mariage seul prouvait que la mère avouait hautement sa maternité. Elle était en défaut aux yeux de la loi. Les juges vinrent

(1) Arrêt du 23 janvier 1819 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 555, 7°).

à son secours en invoquant les actes de naissance qui par eux-mêmes ne prouvent rien, puis l'acte de reconnaissance du père avec indication de la mère, suivi de l'aveu tacite de celle-ci (1). Que d'efforts pour faire considérer comme légale une reconnaissance qui légalement n'existe pas!

31. L'aveu dont parle l'article 336 suppose que la mère a connaissance de l'indication faite par le père dans l'acte de reconnaissance, car comment avouer ce que l'on ignore? Dans le système consacré par la jurisprudence, l'aveu est une confirmation de l'indication; or, la confirmation implique la connaissance du fait que l'on veut confirmer. Cependant il a été jugé que l'aveu de la mère existe alors même que rien ne prouve qu'elle ait connu l'indication faite par le père. Dans l'espèce, l'aveu résultait de la possession d'état, la possession était conforme à l'acte de naissance; il y avait de plus indication de la mère dans l'acte de reconnaissance, enfin mariage subséquent. L'ensemble de ces faits ne laissait aucun doute sur la filiation de l'enfant; dès lors il eût été d'une rigueur extrême de le priver du bénéfice de la légitimation; la cour de Paris réforma le jugement du tribunal de la Seine qui avait décidé, d'après la rigueur des principes, qu'il n'y avait pas de reconnaissance, partant pas de légitimation (2).

32. Si l'aveu existait au moment même où le père fait la reconnaissance avec indication de la mère, on pourrait soutenir que cet aveu emporte autorisation de reconnaître et par suite reconnaissance (3). Encore faudrait-il que l'aveu fût constaté, et d'après les principes rigoureux qui régissent la filiation naturelle, il faudrait que l'aveu fût authentique. La jurisprudence est aussi facile que la loi est rigoureuse. Si les motifs donnés par les arrêts sont peu juridiques, par contre les circonstances dans lesquelles ils sont rendus expliquent la faveur que les juges témoignent aux enfants. Voici un père qui déclare la naissance d'un enfant naturel en le qualifiant de légitime; il

(1) Bordeaux, 19 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 628, 1°).
(2) Paris, 20 avril 1839 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 555, 3°).
(3) Paris, 27 avril 1839 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 555, 3°).

indique la mère, qu'il appelle son épouse. Celle-ci allaite l'enfant, le traite publiquement comme sien; tout porte à croire qu'elle avait connaissance de la déclaration faite par le père. Suit le mariage. La mère meurt, et le père vient contester la légitimité de l'enfant parce qu'il n'a pas été reconnu par sa mère; en effet, de reconnaissance légale il n'y en avait pas. Pour en créer une, la cour se prévalut de l'article 336. Il y avait indication de la mère, il y avait aveu par la possession d'état; il ne pouvait y avoir le moindre doute sur la filiation de l'enfant. Cependant la cour ne paraît pas très-sûre de cette argumentation, elle invoque encore un commencement de preuve par écrit, puis des présomptions graves, précises et concordantes. Cette dernière raison valait mieux que la première. Ce qui surtout décida la cour, c'est, comme elle le dit, la contestation affligeante soulevée par un père contre son enfant, qu'il avait lui-même reconnu et qu'il avait toujours traité comme son fils (1).

33. La cour de cassation est encore allée plus loin. Dans une première espèce, la déclaration de naissance avec indication de la mère était faite par un homme marié; la reconnaissance était donc nulle. L'indication de la mère pouvait-elle valoir, alors que la reconnaissance tombait? Ce qui donne force à l'aveu de la mère, dans le système de la jurisprudence, n'est-ce pas la reconnaissance du père, que la mère s'approprie par son aveu? C'était donc comme si, par un seul et même acte, le père et la mère avaient reconnu un enfant adultérin. Une pareille reconnaissance n'est-elle pas frappée de nullité? Cependant la cour de cassation la valida en divisant la reconnaissance; elle annula celle du père, elle maintint celle de la mère, et celle de la mère n'était que l'accessoire de celle du père! Cette décision heurte tous les principes. Mais la position de la mère était si favorable! Pendant dix-sept ans, elle avait nourri, entretenu, élevé cet enfant; il vient à mourir; le fisc réclame son héritage. Le moyen de ne pas donner tort au fisc (2)!

(1) Bordeaux, 11 mars 1853 (Dalloz, 1854, 2, 260).
(2) Arrêt du 7 janvier 1852 (Dalloz, 1852, 1, 75).

34. Dans une autre espèce, la cour de cassation a jugé que l'aveu de la mère trouvait sa garantie dans la reconnaissance que le père lui-même faisait de l'enfant. On a tenté de faire un dernier pas dans la voie extralégale où la jurisprudence s'est engagée. Si la déclaration du père, avec indication et aveu de la mère, prouve la maternité, pourquoi l'indication de la mère par les personnes qui ont assisté à l'accouchement ne ferait-elle pas la même foi, quand elle est confirmée par l'aveu de la mère? Il est certain qu'en fait la filiation de cet enfant peut être tout aussi évidente que si le père avait reconnu l'enfant en indiquant la mère. Aussi s'est-il trouvé une cour qui a admis cette doctrine, si l'on peut appeler doctrine une interprétation de la loi qui se met en dehors et au-dessus de la loi (1). La cour de cassation n'a pas admis cette opinion. L'article 336, dit-elle, est une exception à la règle générale des articles 334 et 341, qui exigent une reconnaissance par acte authentique ou une recherche judiciaire appuyée sur un commencement de preuve par écrit. Or, les exceptions doivent être rigoureusement restreintes au cas pour lequel elles sont édictées. Et que dit l'article 336? Il exige que le père ait reconnu l'enfant; il faut donc que l'indication de la mère émane du père et trouve sa garantie dans la reconnaissance que lui-même fait de l'enfant (2). Cela est très-vrai, mais la cour n'avait-elle pas oublié ce principe, quand elle jugeait qu'une reconnaissance de paternité adultérine, bien que nulle, validait néanmoins l'indication et l'aveu de la mère? Il est dangereux de quitter la voie étroite de la légalité; pour peu que l'on s'en écarte, on s'égare nécessairement, parce qu'il ne reste plus aucun principe certain d'interprétation.

N° 2. DE LA CAPACITÉ REQUISE POUR RECONNAÎTRE.

35. La reconnaissance est un aveu; on l'appelle volontaire pour marquer qu'elle doit être l'expression de la libre volonté de celui qui la fait. De là suit que si les père

(1) Alger, 26 mars 1860 (Dalloz, 1864, 1, 355).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 13 avril 1864 (Dalloz, 1864, 1, 249).

et mère qui reconnaissent l'enfant naturel sont incapables de manifester leur volonté, il n'y a pas de reconnaissance parce qu'il n'y a pas de consentement. Tel est le cas où ils seraient en démence au moment même où l'acte se passe. Mais, par contre, la reconnaissance ne laisserait pas d'être valable, si l'aliéné se trouvait dans un intervalle lucide (1).

36. Il y a des personnes que la loi déclare incapables. Peuvent-elles faire la reconnaissance d'un enfant naturel pendant qu'elles sont frappées d'incapacité légale? La doctrine et la jurisprudence sont à peu près unanimes pour décider la question négativement. Nous allons parcourir les divers cas.

L'interdit peut-il reconnaître un enfant naturel? Au premier abord, la question paraît tranchée par l'article 502, lequel décide en termes absolus que tous actes passés par l'interdit, postérieurement au jugement d'interdiction, sont nuls de droit. Mais, malgré la généralité de ces termes, nous avons admis que l'interdit peut se marier; à notre avis, l'interdiction n'a pour objet que de garantir les intérêts pécuniaires de l'aliéné (2); or, l'objet de la reconnaissance est essentiellement moral, puisqu'il tend à donner un état à l'enfant. Donc l'article 502 n'est pas applicable. Par la même raison, on ne doit pas appliquer à la reconnaissance l'article 503 qui permet d'annuler les actes antérieurs à l'interdiction, lorsque la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où les actes ont été faits; dans ce cas, la question n'a pas d'intérêt pratique, les tribunaux ayant le pouvoir de maintenir ces actes, s'ils trouvent qu'ils ont été faits dans un intervalle lucide. C'est ainsi que la cour de Caen, tout en jugeant que l'article 503 est applicable, a décidé que la reconnaissance était valable (3). Enfin, l'article 504 n'empêcherait pas les héritiers d'attaquer un acte de reconnaissance pour cause de démence, bien qu'ils n'eussent pas provoqué l'interdiction

(1) Liége, 2 août 1854 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 427).
(2) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 360, n°s 286-288, et le tome V, n°s 196-198.
(3) Arrêt du 29 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 207).

de celui qui l'a faite. C'est une conséquence évidente du principe que nous venons de rappeler; si l'interdiction est étrangère aux actes moraux, on ne peut pas plus appliquer à la reconnaissance l'article 504 que les articles 502 et 503 (1).

37. Les personnes placées sous conseil pour cause de faiblesse d'esprit sont frappées d'une incapacité relative; elles restent capables de faire tous les actes qui ne leur sont pas interdits par le jugement (art. 499). La reconnaissance ne se trouve pas parmi ces actes. En faut-il conclure que l'acte de reconnaissance est toujours valable? C'est une question de fait plutôt que de droit. La nomination d'un conseil, de même que l'interdiction, a uniquement pour objet de garantir les intérêts pécuniaires des personnes faibles d'esprit ou aliénées. Dès lors la reconnaissance reste sous l'empire du droit commun. Elle sera valable si la personne qui l'a faite avait l'intelligence nécessaire pour manifester sa volonté; mais le tribunal pourrait aussi l'annuler, s'il trouvait que la personne faible d'esprit n'avait pas cette intelligence. On ne pourrait pas invoquer l'article 499 pour décider que le faible d'esprit est capable de faire un acte de reconnaissance par cela seul que la loi ne le déclare pas incapable, puisque l'article 499 est étranger aux actes moraux. Il a été jugé implicitement que la reconnaissance faite par une personne placée sous conseil est valable (2).

38. La femme mariée peut-elle, sans autorisation de son mari, reconnaître un enfant naturel qu'elle a eu avant son mariage? Tous les auteurs décident la question affirmativement (3), et il ne paraît pas que l'on ait jamais contesté cette doctrine devant les tribunaux. Elle nous paraît cependant très-douteuse. La difficulté est de savoir si l'incapacité dont la loi frappe la femme mariée est absolue. A s'en tenir à la lettre des articles 217 et 1124, on pourrait croire que l'incapacité de la femme n'est que relative; aux termes de l'article 1124, la femme est incapable de

(1) Zachariæ, t. IV, p. 41, note 6, § 568. Demolombe, t. V, p. 369, n° 388.
(2) Douai, du 23 janvier 1819 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 555, 7°).
(3) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 499.

contracter dans les cas exprimés par la loi, et l'article 217 énumère ces cas. Il n'y est pas question de la reconnaissance d'un enfant naturel, ce qui semble décider la question (1). Mais l'argument n'est rien moins que décisif. L'incapacité de la femme mariée est générale, absolue, sauf les exceptions admises par la loi; elle ne peut faire aucun acte juridique sans autorisation maritale, par la raison que son incapacité est fondée sur le respect et l'obéissance qu'elle doit au mari. Il n'y a pas à distinguer entre les actes pécuniaires et les actes moraux; le motif sur lequel l'incapacité de la femme est fondée s'applique aux uns comme aux autres. Quand il s'agit de la reconnaissance d'un enfant naturel, il y a une raison particulière pour laquelle il convient que le mari intervienne; cet acte touche à son honneur comme à celui de sa femme; il convient donc que le mari soit consulté. Dira-t-on qu'il ne doit pas dépendre du mari d'empêcher sa femme de remplir un devoir de conscience? On le dit, mais l'objection n'a pas de sens. Dès que le devoir de conscience se traduit en un acte juridique, il tombe sous l'application de la loi. D'ailleurs le refus du mari n'est pas péremptoire; la femme peut s'adresser à la justice.

On prétend que la loi décide la question, dans l'article 337, en faveur de la femme. Proudhon fait sur cette disposition un raisonnement très-ingénieux. L'article porte: « La reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage. » Le législateur, dit Proudhon, ne distingue pas entre la femme et le mari; il suppose autant de *pouvoir* dans l'un que dans l'autre, et n'en *accorde* pas plus au mari qu'à la femme, donc celle-ci n'a pas besoin de l'autorisation maritale. Nous répondons que la loi n'avait pas besoin de distinguer; la distinction résulte des principes généraux de droit, et certes l'article 337 n'entend pas y déroger; il n'*accorde* aucun droit aux époux, il suppose qu'une recon-

(1) Toullier, t. II, p. 150, n° 961.

naissance est faite par l'un d'eux et il en règle les effets. Comment la reconnaissance doit-elle être faite pour être valable, quand c'est la femme qui la fait? L'article 337 ne s'occupe pas de cette question; elle est décidée ailleurs par les principes qui régissent l'incapacité de la femme mariée.

Proudhon insiste et dit : « De deux choses l'une, ou la femme reconnaît un enfant qu'elle a eu de son époux, ou l'enfant est étranger au mari. Dans le premier cas, le législateur a voulu que la reconnaissance faite par la femme pût nuire au mari, ce qui ne pourrait être s'il fallait le consentement du mari. Dans le second cas, en déclarant que l'acte ne peut nuire au mari, la loi suppose évidemment qu'il ne faut pas son concours, parce qu'il n'aurait pas besoin de cette garantie si la femme ne pouvait agir sans lui (1). » Cela est parfaitement raisonné, mais cela implique que l'autorisation du mari est indispensable à la femme, qu'elle ne peut pas agir sans lui. Proudhon oublie que si le mari refuse d'autoriser sa femme, celle-ci peut demander l'autorisation au juge. En définitive, il n'y a aucun texte qui dispense la femme de l'autorisation maritale, quand elle veut reconnaître un enfant naturel. Donc elle reste sous l'empire de la règle qui la déclare incapable.

39. Le mineur peut-il reconnaître un enfant naturel? La jurisprudence est unanime à lui donner ce droit, et les auteurs sont presque tous du même avis. Nous allons d'abord entendre les motifs sur lesquels se fonde l'opinion générale, puis nous exposerons nos doutes.

L'article 1124 déclare le mineur incapable de contracter. Cette incapacité est-elle absolue? Non, dit la cour de cassation, car l'article 1125 ajoute que le mineur ne peut attaquer ses engagements pour cause d'incapacité que dans les cas prévus par la loi. La question se réduit donc à savoir s'il y a un texte qui donne au mineur le droit d'attaquer la reconnaissance qu'il aurait faite. Or, il n'y a pas de disposition qui interdise au mineur la faculté de recon-

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 146 et 147.

naître un enfant naturel; l'article 334 suppose au contraire qu'il le peut, puisqu'il ne distingue pas entre le majeur et le mineur, et aucun autre texte ne fait cette distinction (1). Cet argument n'a aucune valeur; nous verrons, au titre des Obligations, que l'incapacité du mineur est réellement générale, en ce sens qu'il peut attaquer tous les actes qu'il fait, soit par une action en nullité, soit par une action en rescision pour cause de lésion. Si donc on se place sur le terrain des principes qui régissent les contrats, il est difficile d'admettre que le mineur ait capacité de reconnaître un enfant naturel.

La cour de cassation ajoute que le mineur n'est pas restitué contre les obligations qui naissent de ses délits ou de ses quasi-délits; que le père qui reconnaît un enfant naturel ne fait autre chose que réparer une faute, un quasi-délit par lui commis, que par conséquent il ne peut se faire restituer contre son aveu. Zachariæ a déjà fait la remarque que cet argument fait une fausse application de l'article 1310. Cet article suppose que le délit est prouvé; il en résulte alors pour le mineur une obligation contre laquelle il ne peut pas être restitué pour incapacité. Mais autre est l'hypothèse dans laquelle le mineur reconnaît une faute, un quasi-délit ou un délit; dans ce cas, l'obligation résulterait de son aveu, et il n'en peut pas faire (2).

Pour échapper aux principes qui régissent les obligations contractées par les mineurs, la cour de Toulouse dit que la reconnaissance d'un enfant naturel n'est pas par elle-même une obligation, qu'elle a pour objet l'aveu d'un fait dont le mineur est aussi capable que le majeur de reconnaître l'existence. Nous répondons que c'est précisément cette capacité qu'il s'agit de démontrer, la capacité légale, bien entendu; et comment démontrer la capacité d'une personne incapable, sinon par un texte de loi? Il faut ajouter que la reconnaissance, si elle n'est pas une obligation, entraîne des obligations très-onéreuses à charge

(1) Arrêt de la cour de cassation du 22 juin 1813 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 492, 1°).

(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 40, note 5.

du mineur, le devoir d'éducation, la dette alimentaire, l'indisponibilité d'une partie de ses biens frappés de réserve au profit de l'enfant naturel. La cour de Toulouse dit que ces obligations sont des obligations naturelles et que le mineur n'en est pas relevé (1). Il y a ici une étrange confusion d'idées. Les obligations naturelles n'ont qu'un seul effet en droit français, c'est que le débiteur ne peut pas répéter quand il a volontairement payé. Mais pour qu'une dette naturelle puisse être payée, il faut avant tout qu'elle soit constatée; or, les obligations du père naturel n'existent aux yeux de la loi que par la reconnaissance; invoquer les obligations du père pour valider l'acte de reconnaissance, c'est résoudre la question par la question, c'est supposer démontré ce qui doit être démontré : que le mineur peut reconnaître.

On trouve le même argument sous d'autres formes chez la plupart des auteurs. C'est un droit pour le mineur de reconnaître l'enfant, dit l'un, parce que c'est l'accomplissement d'un devoir. C'est une obligation naturelle, dit l'autre (2). Sans doute, celui qui donne le jour à un enfant contracte des obligations envers lui, et la conscience lui commande de les remplir. Mais il faut, avant tout, qu'il soit bien sûr qu'il est le père ou la mère de l'enfant qu'il reconnaît. Revient donc toujours la question, si le mineur est capable de reconnaître sa paternité ou sa maternité. C'est un aveu d'une haute gravité : il compromet l'honneur de celui qui le fait, il compromet ses intérêts pécuniaires. Or, le mineur est incapable de faire aucun acte juridique qui le lèse. La loi craint que l'on n'abuse de l'inexpérience de son âge, de sa faiblesse, de ses passions. A ce titre, il n'y a certes pas d'acte plus dangereux pour le mineur que la reconnaissance d'un enfant naturel.

La cour de cassation a senti la gravité de l'objection; elle répond que l'article 339 fait disparaître les inconvénients qui résultent des surprises et des passions. Cela est-il bien vrai? La loi donne à tous ceux qui y ont intérêt

(1) Toulouse, 19 janvier 1813 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 492, 2°).

(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Paternité*, § II (t. XI, p. 200). Marcadé, t. II, p. 54, art. 337, n° I.

le droit de contester la reconnaissance faite par le père ou la mère. Cet article s'applique-t-il au père? La question est très-controversée; nous l'examinerons plus loin (n° 78). En supposant même que le père puisse contester sa propre reconnaissance, le remède serait le plus souvent inefficace, car le même aveuglement qui a fait reconnaître l'enfant par le prétendu père l'empêchera de contester cette reconnaissance mensongère. Pour trouver un remède au mal, on a dû aller jusqu'à accorder aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire d'annuler la reconnaissance que ferait le mineur (1). Un pouvoir discrétionnaire! fondé sur quoi? Une cour a annulé une reconnaissance parce que le père avait dix-neuf ans et la mère vingt-sept; elle a vu là une séduction, une captation (2). Soit; mais où est la loi qui autorise le juge à annuler un acte fait par un mineur pour cause de captation? Ces moyens extralégaux ne prouveraient-ils pas que la jurisprudence s'est placée hors de la loi?

40. Nous venons d'exposer l'opinion généralement suivie, en y ajoutant nos observations critiques. L'opinion contraire déclare le mineur incapable de reconnaître un enfant naturel. Elle ne compte que de rares partisans (3). Nous avouons qu'elle n'est pas à l'abri d'objections sérieuses. Il est de principe que tous les actes juridiques qui intéressent le mineur peuvent et doivent même se faire par son tuteur. Si l'on décide que le mineur n'a pas capacité pour reconnaître l'enfant naturel, en faut-il conclure que le tuteur le pourra? Impossible; car la reconnaissance est un fait personnel qui ne peut émaner que du père ou de la mère. Nous aboutissons donc à cette conséquence que la reconnaissance ne pourra se faire tant que durera la minorité. Cela est insoutenable, dit Merlin (4). Et si le mineur venait à mourir pendant sa minorité, la reconnaissance deviendrait absolument impossible. Cela est inadmissible, dit le procureur général Mourre (5). Et s'il se marie, dit

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 115, n° 62 *bis* XIV.
(2) Rouen, 18 mars 1815 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 492, 1°).
(3) Malpel, dans la *Revue de législation*, t. IV, p. 43. Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 468, note. Arntz, t. Ier, p. 303, n° 590.
(4) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Paternité*, § II (t. XI, p. 201).
(5) Mourre, Réquisitoire du 17 juin 1808 (*Œuvres judiciaires*, p. 2.9).

la cour de Douai, il ne pourra légitimer son enfant : cela est absurde (1).

Nous pourrions nous contenter de répondre que les conséquences, absurdes si l'on veut, qui découlent de la loi regardent le législateur. En un certain sens, l'objection se retourne contre ceux qui la font. Dans le droit français, le mineur n'agit pas, il n'intervient pas dans les actes juridiques qui le concernent, c'est le tuteur qui le représente dans tous les actes civils (art. 450). Il y a cependant certains actes qui sont tellement personnels, que le mineur doit les faire : tels sont le mariage, le contrat de mariage et le testament. C'est le mineur qui se présente devant l'officier de l'état civil et devant le notaire, c'est lui qui teste; mais à raison de son incapacité, la loi prescrit en ce cas des garanties particulières : le mineur a besoin du consentement de ses ascendants ou de la famille pour se marier et pour faire un contrat de mariage (art. 148, 160, 1398). Quant au droit de tester, le mineur ne peut l'exercer que lorsqu'il est arrivé à l'âge de seize ans, et même à cet âge il ne peut disposer que de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (art. 904). La reconnaissance d'un enfant naturel est aussi un acte personnel que le mineur doit faire, mais le peut-il? Il faudrait pour cela un texte de loi, comme il y en a pour le mariage, pour le contrat de mariage et pour le testament. Or, il n'y en a pas. Et en l'absence d'une disposition formelle, peut-on permettre au mineur de faire une reconnaissance? Ce serait établir une exception sans texte; car les cas dans lesquels le mineur peut agir sont des exceptions. Le mineur aurait-il pu tester si la loi ne lui en avait donné le pouvoir? Non, certes. Il ne peut pas davantage reconnaître. On pourra dire qu'il y a une lacune dans la loi. Soit, mais il n'appartient pas à l'interprète de la combler; il ne le pourrait qu'en créant une exception, ce qui ne lui est jamais permis.

Il y a une autre objection très-sérieuse contre l'opinion que nous professons. Si le mineur fait une reconnaissance,

(1) Douai, 17 mars 1840 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 492, 2°).

l'acte est nul, en supposant qu'il n'ait pas le droit de la faire. Mais par quelle action l'attaquera-t-il? On sait que le mineur a l'action en nullité lorsque l'acte est nul en la forme, et l'action en rescision lorsqu'il est lésé par un acte qui n'est assujetti à aucune formalité (art. 1311). Il ne peut pas s'agir de l'action en nullité pour défaut de formes ; car les formes dont la loi parle, quand l'acte concerne le mineur, sont l'intervention du conseil de famille et l'homologation du tribunal; or, la reconnaissance n'est pas soumise à ces formalités. Reste l'action en rescision; le mineur qui agit en rescision doit prouver qu'il a été lésé. Or, peut-il être question d'une lésion dans un acte de reconnaissance? Merlin le nie : il ne peut pas y avoir lésion, dit-il, là où il n'y a que l'accomplissement d'un devoir sacré (1). L'objection, ainsi présentée, n'a pas grande valeur. Pour que l'on pût parler de devoir, il faudrait que la paternité fût constante; or, c'est précisément ce fait qui est douteux, au moins quand c'est le mineur qui fait la reconnaissance. C'est donc une pétition de principe de parler du devoir de reconnaître la paternité, alors que l'on ne sait pas s'il y a paternité.

L'objection a encore une autre face. La lésion implique un préjudice pécuniaire; le mineur ne peut agir en rescision que s'il établit le montant du préjudice qu'il a éprouvé. Or, la reconnaissance est un fait moral; dès lors l'action en rescision ne se conçoit pas. Partant, la reconnaissance, quoique faite par le mineur, subsistera, parce qu'il n'a pas d'action pour l'attaquer. L'argument est sérieux, et à première vue, nous croyions qu'il confirmait l'opinion générale. Mais ne repose-t-il pas sur une subtilité? Il est vrai que la reconnaissance est un fait moral en tant qu'elle assure un état à l'enfant, et l'état est essentiellement un droit moral. Mais, considérée quant au père, la reconnaissance engendre des obligations pécuniaires, l'entretien, les aliments, le droit héréditaire. Certes voilà matière à lésion (2). Donc il peut y avoir rescision pour cause de lésion.

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Paternité*, § II (t. XI, p. 201).
(2) Zachariæ le reconnaît (t. IV, p. 40, note 5, édition d'Aubry et Rau).

41. Le mineur émancipé peut-il reconnaître un enfant naturel? Si l'on admet que le mineur non émancipé a capacité pour reconnaître un enfant naturel, il faut admettre, à plus forte raison, qu'il en est de même du mineur émancipé. Telle est, en effet, la doctrine et la jurisprudence (1). Dans notre opinion, le mineur émancipé est incapable, de même que le mineur non émancipé. L'émancipation ne donne au mineur qu'une capacité restreinte aux actes d'administration, c'est-à-dire à des actes d'un intérêt pécuniaire peu considérable. Or, la reconnaissance n'est certes pas un acte d'administration; c'est un de ces actes personnels pour lesquels la loi ne fait aucune différence entre le mineur émancipé et le mineur non émancipé; le mineur émancipé n'a pas le droit de la faire, par la raison que la loi ne lui accorde pas ce droit. Par quelle action l'attaquera t-il? Il agira en rescision pour cause de lésion, en vertu de l'article 1305 qui lui permet de demander la rescision de toutes les conventions qui excèdent les bornes de sa capacité. Sans doute la reconnaissance n'est pas une convention, mais c'est une manifestation de volonté qui est viciée quand elle émane d'une personne qui est légalement incapable de consentir. Cela n'est pas sans difficulté. Il est évident que le législateur n'a pas prévu la question. Toujours est-il que le silence même de la loi témoigne contre la capacité du mineur émancipé.

§ II. *Quand la reconnaissance peut-elle se faire?*

42. L'enfant peut-il être reconnu avant sa naissance? Oui, et sans doute aucun. Il est de principe que l'enfant conçu est censé né, quand il s'agit de son intérêt, et y a-t-il pour l'enfant un plus grand intérêt que son état? On objecte les termes de l'article 334, qui porte : « La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authen-

(1) Aix, 3 décembre 1807 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 493). Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 42.

tique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance. » La loi suppose que la reconnaissance se fait par l'acte de naissance, donc après la naissance de l'enfant. Mais cette supposition est-elle une condition? ou la loi prévoit-elle seulement le cas ordinaire? et si la mère, si le père, dans la prévoyance ou la crainte de sa mort, reconnaît l'enfant conçu, dira-t-on que cette reconnaissance est nulle? Ce serait calomnier la loi, dit la cour d'Aix, que de l'interpréter ainsi (1). La jurisprudence et la doctrine sont unanimes, il est donc inutile d'insister.

43. Une question plus difficile est celle de savoir si l'enfant décédé peut encore être reconnu? Quand l'enfant laisse des descendants, il n'y a pas de doute ; l'article 332 décide la question ; en effet, il porte : « La légitimation peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants ; et, dans ce cas, elle profite à ces descendants, » Or, l'article 331 dit que la légitimation a lieu quand les enfants sont reconnus soit avant le mariage, soit dans l'acte de célébration. Donc la reconnaissance, dans le but de légitimer les enfants, peut encore se faire après leur décès, s'ils laissent des descendants. La loi en indique le motif : la légitimation profite, en ce cas, aux descendants. Il est évident que la raison de décider est identique quand la reconnaissance se fait sans légitimation ; elle profite toujours aux descendants de l'enfant prédécédé, puisqu'elle leur donne un état. C'est la doctrine unanime (2).

La plupart des auteurs admettent que la reconnaissance peut encore se faire, bien que l'enfant prédécédé n'ait pas laissé de descendants. Ce point est douteux. Il est vrai que la loi ne limite pas l'époque à laquelle la reconnaissance doit avoir lieu, mais cette époque n'est-elle pas fixée par la nature même des choses? Quel est le but de la reconnaissance? C'est de constater la filiation de l'enfant, c'est-à-dire de lui donner un état. Or, peut-on donner un

(1) Arrêt du 10 février 1806 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 505). Il faut ajouter aux arrêts cités dans Dalloz, un arrêt de Colmar du 25 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 2, 61).

(2) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, nº 508.

état à l'enfant qui n'existe plus? Cela se fait, il est vrai, quand l'enfant prédécédé laisse des descendants, mais alors la reconnaissance a lieu réellement au profit des descendants; quand il n'y a pas de descendants, nous sommes en présence du néant; le néant peut-il être reconnu? Il y a des arrêts en ce sens (1). Ces arrêts ne vont-ils pas trop loin en disant que la reconnaissance n'a été établie qu'en faveur de l'enfant? La reconnaissance profite certainement à l'enfant, mais on ne peut pas dire que ce profit soit le motif déterminant. C'est la constatation d'un fait qui importe à la société comme aux personnes intéressées : il s'agit de déterminer le rapport de filiation qui existe entre l'enfant et ceux qui lui ont donné le jour; par cela seul qu'il s'agit d'un rapport entre deux personnes, on ne peut plus dire que l'enfant seul est partie en cause; les droits qui dérivent de l'état sont réciproques; le père a droit aux aliments, il a droit à l'hérédité, au même titre que l'enfant. Donc la reconnaissance est un droit pour le père ou la mère aussi bien que pour l'enfant. Nous aboutissons à la conséquence que la reconnaissance peut se faire, bien qu'il n'y ait pas de descendants (2).

Si la reconnaissance peut se faire après le décès de l'enfant naturel, le père ou la mère qui le reconnaît sera-t-il admis à lui succéder? Il y a une nouvelle controverse sur ce point. Nous croyons que la question doit être décidée affirmativement. Dès que la filiation est légalement établie, celui qui l'a faite peut exercer les droits qui en dérivent, partant le droit d'hérédité. On objecte que la reconnaissance, étant un acte volontaire, ne peut produire d'effets que du moment que la volonté est manifestée. Cela n'est pas exact; ce serait dire que la reconnaissance crée la filiation, tandis qu'elle ne fait que la constater; la filiation est un rapport entre l'enfant et son père, elle existe donc nécessairement avec tous ses effets dès l'instant où l'enfant est né. En ce sens elle rétroagit. Vainement objecte-t-on que la légitimation ne rétroagissant pas (art. 333), on

(1) Pau, 9 juillet 1844 (Dalloz, 1845, 2, 37), et Paris, 26 avril 1852 (Dalloz, 1852, 2, 181).
(2) Douai, 20 juillet 1852 (Dalloz, 1853, 2, 50).

peut encore moins admettre que la reconnaissance rétroagisse. L'argument porte à faux. Il ne peut pas y avoir de légitimité avant le mariage, mais il y a nécessairement filiation à partir de la naissance. On invoque le droit acquis des héritiers qui étaient appelés à l'hérédité avant la reconnaissance. Nous répondons qu'il n'y a pas de droit acquis en matière d'hérédité : le plus proche héritier peut toujours agir en pétition d'hérédité ; or, le père est le plus proche, puisque la reconnaissance rétroagit. Enfin on oppose à cette reconnaissance tardive qu'elle se fait dans un esprit de spéculation. La réponse est très-simple : la reconnaissance est-elle l'expression de la vérité, elle donne un droit au père ou à la mère, et il n'y a aucun reproche à lui faire. Que si la reconnaissance est suspecte, toute partie intéressée a le droit de la contester (1).

§ III. *Forme de la reconnaissance.*

N° 1. DE L'AUTHENTICITÉ.

44. L'article 334 pose le principe que la reconnaissance doit se faire par acte authentique. Il importe de préciser les motifs pour lesquels la loi exige l'authenticité : ils nous aideront à résoudre les nombreuses difficultés auxquelles elle donne lieu dans son application. Les orateurs du gouvernement et du Tribunat sont d'une concision extrême sur ce point. Duveyrier n'en dit rien. A entendre Lahary, le législateur aurait voulu assurer la conservation des actes qui servent de titre aux enfants naturels pour établir leur filiation. Bigot-Préameneu donne la vraie raison en disant que la reconnaissance doit être authentique pour que les familles soient à l'abri de toute surprise (2). Ce motif concerne surtout la filiation pater-

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 150. Demolombe, t. V, n° 416, p. 390. En sens contraire, Zachariæ, t. IV, p. 46, § 568, note 28. Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 114, n° 62 *bis* XI.

(2) Lahary, Rapport, n° 33. Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 33 (Locré, t. III, p. 115 et 94).

nelle. La maternité est certaine; ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'une femme consentira à se déclarer mère d'un enfant qui ne lui appartient pas; cette fausse déclaration se fera alors par fraude et non par surprise. Pour la déclaration de la paternité, la surprise est à craindre quand l'homme qui la fait est, comme cela arrive si souvent, jeune et sous l'empire d'une passion aveugle. L'authenticité est une garantie contre ce danger; la présence de l'officier public et des témoins, si elle n'empêche pas la séduction antérieure, protége au moins la liberté au moment où se fait la reconnaissance. Il résulte de là que l'authenticité est une solennité prescrite pour assurer la libre expression de la volonté des parties intéressées. C'est dire que la reconnaissance est un acte solennel. L'authenticité n'est donc pas une question de preuve, elle tient à la substance de l'acte, à ce point que l'acte n'existe que s'il a été fait dans les formes voulues et par l'officier public qui a le droit de la recevoir.

45. Quels sont les officiers publics qui ont qualité pour recevoir un acte de reconnaissance? L'article 334 suppose que la reconnaissance se fait par l'acte de naissance, donc devant l'officier de l'état civil. D'après le projet de code, les officiers de l'état civil étaient seuls compétents. C'est dans cet esprit qu'a été rédigé l'article 62, qui porte : « L'acte de reconnaissance d'un enfant sera inscrit sur les registres, à sa date; il en sera fait mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un. » Il résulte des derniers termes de l'article que les officiers de l'état civil ont une compétence générale pour recevoir les actes de reconnaissance, soit dans l'acte de naissance, soit par un acte séparé. En effet, la reconnaissance est un acte de l'état civil; il est pour l'enfant naturel ce que l'acte de naissance est pour l'enfant légitime. Il est donc naturel que les officiers de l'état civil soient désignés par la loi pour constater la reconnaissance de l'enfant naturel, et on comprend qu'on les ait d'abord déclarés seuls compétents, comme ils ont seuls compétence pour recevoir les actes de naissance. Pourquoi a-t-on modifié cette disposition du projet en autorisant la reconnaissance par acte authentique (arti-

cle 334)? C'est pour permettre aux père et mère de tenir la reconnaissance secrète. Les registres de l'état civil sont publics, chacun peut en demander un extrait. Cette publicité forcée pourrait entraver la reconnaissance, par la crainte du scandale ou du déshonneur qui en rejaillit. Voilà pourquoi le législateur a permis de faire la reconnaissance devant d'autres officiers publics; nous verrons à l'instant lesquels (1).

Quel est l'officier de l'état civil qui a compétence pour recevoir l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel? L'article 62 suppose que c'est l'officier qui a rédigé l'acte de naissance, puisqu'il doit faire mention de la reconnaissance en marge de l'acte de naissance, s'il y en a un. Toutefois l'on s'accorde à enseigner que la loi ne doit pas être entendue dans un sens limitatif. Une supposition n'est pas une condition, quand la condition n'a pas de raison d'être. Si les notaires peuvent recevoir un acte de reconnaissance dans toute l'étendue du royaume, pourquoi n'en serait-il pas de même des officiers de l'état civil? Pourquoi entraver un acte qui ne trouve déjà que trop d'obstacles dans la coupable indifférence des uns ou dans la fausse honte des autres? D'ailleurs tout officier de l'état civil a qualité pour constater les faits de l'état civil qui se passent dans sa commune, et la reconnaissance est un de ces faits (2).

46. L'article 334 veut que la reconnaissance se fasse par un *acte authentique*. Cela veut-il dire que tous les officiers publics qui ont le droit d'imprimer l'authenticité à leurs actes ont compétence pour recevoir l'acte de reconnaissance? Non, certes; personne n'a jamais songé à reconnaître aux fonctionnaires administratifs, autres que les officiers de l'état civil, le droit de recevoir la reconnaissance des enfants naturels, mais il y a une grande divergence d'opinions sur le point de savoir quels sont les officiers publics qui ont ce droit. A notre avis, les notaires sont, avec les officiers de l'état civil, les seuls fonctionnaires qui aient compétence en cette matière. Cette opinion

(1) Locré, *Esprit du code Napoléon*, art. 334, n° 2.
(2) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 113, n° 62 *bis* IX.

se fonde sur le texte du code et sur la loi de ventôse. L'article 334 dit : « La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite dans un acte *authentique*. » Qu'est-ce qu'un acte authentique? L'article 1317 le définit en ces termes : « Celui qui a été reçu par officiers publics ayant droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises. » Il faut ajouter une condition essentielle à cette définition, c'est que l'officier public doit être compétent à raison de la matière. Reste à savoir quels sont les officiers publics auxquels la loi donne compétence de recevoir les actes qui concernent les droits des citoyens. L'article 1er de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat répond à notre question. « Les notaires, dit-il, sont des fonctionnaires publics *établis* pour recevoir tous les *actes* et contrats auxquels les parties *doivent* ou veulent donner le caractère d'*authenticité* attaché aux actes de l'autorité publique. » Donc quand la loi parle d'actes *authentiques*, elle entend des actes notariés, car elle n'a attribué qu'aux notaires la compétence définie par la loi de ventôse. Cela est aussi en harmonie avec l'esprit de l'article 334 : le législateur a voulu permettre aux parties de tenir la reconnaissance secrète; or, tout le monde sait que les notaires ne peuvent donner connaissance de leurs actes qu'aux parties intéressées. (Loi de ventôse, art. 23.)

Que les notaires aient le droit de recevoir les actes de reconnaissance, cela ne fait aucun doute; mais ont-ils seuls ce droit? La doctrine et la jurisprudence l'étendent à d'autres officiers publics, mais avec une grande divergence d'opinions, comme cela arrive toujours quand on s'écarte des textes. On a été jusqu'à juger que l'article 334 ne déterminant pas l'officier public chargé de recevoir l'acte de reconnaissance, il faut admettre en principe que la reconnaissance peut résulter de toutes les énonciations d'un acte authentique qui manifestent d'une manière non douteuse l'intention du père ou de la mère naturels de reconnaître leur enfant (1). Merlin a répondu d'avance à cette exagération : il faudra donc admettre qu'un garde

(1) Colmar, 25 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 2, 61).

forestier ou un agent des douanes pourront recevoir un acte de reconnaissance (1)! On oublie que pour qu'un acte soit authentique, il faut que l'officier public qui le reçoit ait mission de le recevoir. Or, que l'on nous montre une loi, autre que celle de ventôse, qui donne mission à des officiers de recevoir les actes, quand ces actes doivent être reçus dans la forme authentique! L'arrêt de la cour de Colmar nous apprend la raison pour laquelle la jurisprudence s'est écartée de la rigueur des principes. La cour commence par constater que les actes, les faits et les circonstances du procès sont tellement clairs, tellement précis et tellement concordants, qu'il est impossible de se refuser à la conviction que la demanderesse est réellement fille naturelle de la femme dont elle réclame la succession; que tout se borne à savoir si le droit peut être mis en harmonie avec le fait, et si, juridiquement, le juge peut déclarer une vérité qui, moralement, ne fait de doute pour personne. Quand la conviction morale est si forte, il arrive presque inévitablement que le juge plie le droit aux exigences du fait, surtout quand la loi est d'une rigueur excessive. Il y a donc de nouveau ici une lutte entre l'équité et le droit strict, et c'est presque toujours l'équité qui l'emporte.

47. La doctrine et la jurisprudence admettent que la reconnaissance peut être faite par un aveu judiciaire, constaté dans le procès-verbal d'un juge-commissaire, ou par le greffier sur le registre d'audience (2). Cela nous paraît très-douteux. Loiseau avoue que les tribunaux sont établis pour vider les procès, et non pour recevoir les actes de l'état civil (3). Ce qui veut dire que les tribunaux n'ont que la juridiction contentieuse; quant aux actes de la juridiction volontaire, ils ne sont pas de leur compétence. Personne ne s'aviserait de demander que le juge reçoive un acte de donation ou un contrat de mariage. Ce qu'il ne peut faire directement, le peut-il indirectement, en constatant un aveu? Oui, dit-on, car la loi imprime le caractère de

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Filiation*, n° VI (t. XII, p. 231).
(2) Voyez les auteurs et l'arrêt cité dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 526.
(3) Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 457.

l'authenticité à tous les actes émanés de l'autorité judiciaire; il en résulte, dit Loiseau, que la plus simple déclaration devient irréfragable quand elle est constatée par le juge. Sans doute, l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait (art. 1356). Mais suffit-il qu'un acte fasse foi pour qu'il soit authentique dans le sens de l'article 334? Un acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, a la même foi que l'acte authentique (art. 1322) : est-ce à dire que la reconnaissance faite sous seing privé soit une reconnaissance authentique? Où est l'officier public dans un acte pareil? Il y a un officier public dans l'aveu judiciaire, dira-t-on. Oui, mais le juge et son greffier ont-ils mission de recevoir des actes de reconnaissance? C'est confondre la juridiction volontaire et la juridiction contentieuse. C'est ne tenir aucun compte du caractère de l'authenticité exigé par la loi. La reconnaissance est un acte solennel; or, conçoit-on qu'il y ait un acte solennel, alors qu'il est reçu par un officier public qui n'a aucune qualité pour le recevoir? Est-ce que l'aveu d'une libéralité fait en justice serait une donation? L'aveu de la filiation n'est pas davantage une reconnaissance quand il est fait devant le juge. Le procès-verbal du juge commis ou le registre d'audience feraient foi, à la vérité, de l'aveu, mais cela ne suffit pas pour qu'il y ait acte solennel; la solennité n'est pas requise pour la preuve, elle est prescrite pour l'existence de l'acte.

La plupart des auteurs enseignent que l'aveu fait devant le juge de paix siégeant comme conciliateur équivaut à un acte de reconnaissance (1). Dans l'opinion que nous venons d'énoncer, la question ne peut pas même être posée. Les juges de paix, pas plus que les tribunaux, n'ont qualité pour recevoir des actes de reconnaissance. Donc les aveux qu'ils constatent, quoique faisant pleine foi, ne sont pas des actes authentiques dans le sens de l'article 334.

La jurisprudence est conforme à l'opinion des auteurs.

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 376, n° 399, et les auteurs qu'il cite. En sens contraire, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. Ier, p. 341.

Il y a une cour qui est allée jusqu'à déclarer valable la reconnaissance faite en justice par les héritiers de la mère (1). L'équité, sans doute, était pour l'enfant, mais que devient le droit si on le subordonne à l'équité? Libre aux héritiers d'admettre au partage des enfants naturels non reconnus par leur mère prédécédée, mais leur aveu ne peut pas donner une filiation à l'enfant qui n'en a pas.

Une autre cour a porté une décision tout aussi étrange. La mère enceinte se présente devant le juge de paix, et expose qu'un tel l'a séduite en lui faisant une promesse de mariage; elle demande qu'il réalise sa promesse ou qu'il lui paye des dommages-intérêts et une pension annuelle pour l'enfant auquel elle allait donner le jour. On dresse procès-verbal de non-conciliation dans lequel ces déclarations sont constatées. Un mois après, la mère accouche et l'enfant est présenté sous son nom et inscrit sur les registres de l'état civil. Le procès-verbal dressé par le juge de paix, dit la cour, est un acte authentique; elle avoue qu'il n'a pas pour objet direct la reconnaissance d'un enfant naturel, mais il manifeste l'intention formelle de la mère de reconnaître son enfant : comprend-on qu'une femme vienne déclarer qu'elle porte un enfant dans son sein, sans déclarer en même temps qu'elle est mère et que cet enfant est le sien? Vient ensuite l'acte de naissance qui complète la reconnaissance. L'enfant est nourri par la mère, élevé par elle sous les yeux et dans la demeure de ses père et mère. Une série d'actes prouve que l'enfant a toujours été reconnu par la famille. La cour avoue que par elle-même la possession d'état ne suffit pas pour établir la filiation naturelle, mais dans l'espèce elle corrobore la reconnaissance résultant des déclarations de la mère et de l'acte de naissance (2). Il est certain, comme le dit l'arrêt, que l'ensemble des faits et des circonstances donne la conviction morale de la filiation de l'enfant; mais il est tout aussi certain que la cour a transformé cette certitude mo-

(1) Metz, 21 juin 1853 (Dalloz, 1856, 2, 193).
(2) Colmar, 25 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 2, 61). Voyez d'autres arrêts dans le même sens, dans Dalloz, au mot *Paternité*, n°s 529 et 570.

rale en certitude juridique. Une demande en dommages-intérêts pour cause de grossesse est-elle une reconnaissance? Non. L'acte de naissance est-il une reconnaissance? Non. La possession d'état est-elle une reconnaissance? Non. Et ces trois actes, insuffisants chacun, vont devenir par leur réunion une reconnaissance! La filiation peut être certaine sans que pour cela il y ait reconnaissance. Elle l'est presque toujours quand il y a soit possession, soit un acte de naissance : et cependant ni la possession, ni l'acte de naissance n'établissent légalement la filiation naturelle.

48. Une fois hors de la légalité, il n'y a plus de barrière qui puisse arrêter l'interprète; il va jusqu'à l'absurde. Le juge de paix assisté de son greffier peut-il recevoir un acte de reconnaissance, alors qu'il ne siége pas comme juge ni comme conciliateur? Il a été décidé que le juge de paix est compétent, parce qu'il est officier public (1). Il a été jugé encore, par la cour de cassation, que le greffier de la justice de paix pouvait recevoir un acte de reconnaissance, parce que les parties avaient choisi le greffier d'un commun accord, la mère pour faire sa déclaration de grossesse, le père pour avouer sa paternité; que le greffier d'ailleurs est dans la catégorie des officiers publics qui ont le droit d'instrumenter et qui sont préposés à la garde d'un dépôt public (2). Sur ces points, la plupart des auteurs se sont séparés de la jurisprudence. On peut voir dans Merlin la réfutation détaillée des arrêts qui ont validé la reconnaissance faite devant le juge de paix ou devant son greffier (3). L'erreur nous paraît tellement évidente qu'il est inutile d'insister. Nous citerons, en guise de critique, l'opinion de Marcadé qui enseigne qu'une sommation d'huissier à laquelle la mère ou le père répondrait que l'enfant lui appartient, et la constatation de cette réponse faite par l'huissier dans son procès-verbal, constituerait un acte

(1) Grenoble, 14 ventôse an XII (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 500).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 25 juin 1844 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 531).
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Filiation*, n° VI (t. XII, p. 232 et suiv.). Comparez Demolombe, t. V, p. 377 et suiv., n°s 400 et 401.

parfaitement légal de reconnaissance (1). **Est-ce la satire** de la jurisprudence que Marcadé a voulu faire?

49. Du principe posé par l'article 334 que la reconnaissance doit être faite par acte authentique, suit qu'elle ne peut se faire par acte sous seing privé. Cette proposition a été contestée par Toullier. L'article 334 ne prescrit pas l'authenticité sous peine de nullité. Cela est vrai, mais le code ne prononce pas non plus la nullité d'un contrat de mariage ou d'une hypothèque qui seraient consentis sous seing privé (art. 1394 et 2127); cependant tout le monde reconnaît que la forme authentique est requise pour la validité et même pour l'existence de l'hypothèque et du contrat de mariage. La doctrine les range parmi les contrats solennels, bien que le texte ne le dise pas : les motifs pour lesquels la loi prescrit l'authenticité suffisent pour établir ce principe. Il en est de même de la reconnaissance de l'enfant naturel. La loi veut qu'elle se fasse par acte authentique, afin que la présence de l'officier public garantisse la liberté de celui qui la fait; la forme est donc requise, non pour la preuve, mais pour la substance de l'acte. Dès lors, la reconnaissance sous seing privé est radicalement nulle, et elle resterait nulle alors même que l'écriture serait reconnue ou vérifiée en justice. Vainement dit-on qu'aux termes de l'article 1322, l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou vérifié, a la même foi que l'acte authentique. Il ne s'agit pas, dans l'espèce, de la force probante de l'écrit, il s'agit d'une formalité substantielle sans laquelle il n'y a pas de reconnaissance. Cela est aussi fondé en raison. Quand la reconnaissance se fait sous seing privé, il n'y a plus aucune garantie pour la liberté de celui de qui elle émane; le vice de forme tient donc au consentement; sans l'observation des formes, la volonté de reconnaître est censée ne pas exister. On objecte que celui qui reconnaît son écriture en justice avoue, par cela même, sa paternité. Non, répond Merlin, il avoue seulement avoir écrit l'acte, mais cet aveu ne prouve pas que l'acte soit la libre expression

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, p. 46, art. 334, n° I.

de sa volonté. Il n'y a donc pas de reconnaissance. Il en serait autrement, dans l'opinion générale, si le père ou la mère ne se bornaient pas à reconnaître l'écriture, mais si de plus ils faisaient l'aveu en justice de leur paternité ou de leur maternité. Cet aveu judiciaire serait une vraie reconnaissance faite en justice, et valable par conséquent, si l'on admet que la reconnaissance peut se faire en justice (1).

50. Une reconnaissance sous seing privé devient-elle authentique par le dépôt qui en est fait chez un notaire? La question est controversée. Nous croyons qu'il faut la résoudre par une distinction. Le simple dépôt ne rend pas authentique l'acte sous seing privé; il n'a qu'un seul but et un seul effet, c'est de conserver l'écrit; mais l'écrit reste un écrit sous seing privé, donc la reconnaissance est et reste nulle. Comme le dit très-bien Loiseau (2), ce serait le dépôt authentique d'une reconnaissance nulle. Merlin objecte que la reconnaissance n'est pas *nulle,* qu'elle est seulement *insuffisante,* et que ce qui lui manque est suppléé par le dépôt (3). Nous ne comprenons pas que le grand jurisconsulte se paye d'une distinction qui n'a pas de sens. Il s'agit de savoir si l'acte déposé est authentique ou s'il ne l'est pas. Un acte peut-il être authentique pour un tiers ou un quart? et le tiers ou le quart qui lui manque peut-il être suppléé par le dépôt? La décision serait différente si, lors du dépôt, celui qui le fait reconnaissait l'acte, en ce sens qu'il en déclare la substance et que cette déclaration est constatée par le notaire. L'acte de dépôt serait, dans ce cas, une vraie reconnaissance reçue par un notaire, et partant valable. C'est ainsi que la nouvelle loi hypothécaire belge porte que la reconnaissance d'un acte sous seing privé faite devant notaire le rend authentique; elle n'attribue pas cet effet au simple dépôt (art. 2 et 76). Cette même loi assimile à l'acte authentique l'écrit sous seing

(1) Merlin, *Répertoire,* au mot *Filiation,* n[os] IX-XI (t. XII, p. 242 et s.). La jurisprudence est conforme (Dalloz, au mot *Paternité,* n° 548).
(2) Loiseau, *Traité des enfants naturels,* p. 472. Comparez Zachariæ, t. IV, p. 53, note 20.
(3) Merlin, *Répertoire,* au mot *Filiation,* n° XI (t. XII, p. 244). C'est l'opinion commune.

privé reconnu en justice. Pourrait-on appliquer cette disposition, par analogie, à la reconnaissance d'un enfant naturel qui serait faite sous seing privé? Nous ne le croyons pas. D'après la rigueur des principes, tels que nous les avons exposés, l'authenticité n'existe que lorsque la reconnaissance est reçue par l'officier de l'état civil ou par un notaire; la reconnaissance en justice de l'écrit sous seing privé ne le rendrait donc pas authentique dans le sens de l'article 334.

51. La reconnaissance peut se faire par procuration. On demande si la procuration doit être authentique. Nous avons sur ce point deux articles dans le code civil qui paraissent contradictoires. L'article 1985 dit que le mandat peut être donné ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, et même par lettre; tandis que, au titre des Actes de l'état civil, la loi veut que la procuration soit authentique. On a conclu de là que si la reconnaissance est faite devant l'officier de l'état civil, la procuration doit être authentique, tandis qu'elle peut être sous seing privé lorsque la reconnaissance se fait devant notaire (1). Ainsi interprété, le code serait réellement contradictoire; car où est la raison de la différence qu'il ferait entre la reconnaissance faite par acte notarié et celle qui est reçue par l'officier de l'état civil? Il y a plus : l'article 36 n'est pas même décisif; la loi ne prononce pas la nullité, et il est de principe que l'inobservation des formes prescrites pour la rédaction des actes de l'état civil n'empêche pas ces actes d'être valables. On pourrait donc soutenir que dans tous les cas il suffit d'une procuration sous seing privé (2). Nous croyons que la nécessité d'une procuration authentique résulte du principe posé par l'article 334. S'il est vrai, comme tous les auteurs l'enseignent, que l'authenticité est prescrite pour sauvegarder la liberté de celui qui reconnaît un enfant naturel, il faut que la volonté de celui qui reconnaît soit toujours exprimée dans la forme authentique. Or, quand la reconnaissance se fait par mandataire, la volonté du mandant s'exprime d'abord par le mandat,

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 219, n° 222.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Filiation*, n° XIII (t. XII, p. 245).

puis par l'acte du mandataire; le mandat pour reconnaître doit donc être authentique (1). L'article 1985 n'est pas contraire à cette décision; il suppose un mandat ordinaire, c'est-à-dire un contrat non solennel; quand le contrat est solennel, tout ce qui tient au consentement doit être exprimé dans la forme authentique, donc aussi le mandat. Nous trouvons une application de ce principe dans notre nouvelle loi hypothécaire, qui porte que les procurations à l'effet de constituer hypothèque doivent être données par acte authentique (art. 76).

La jurisprudence est divisée. Il y a des arrêts qui ont annulé les reconnaissances faites en vertu d'une procuration sous seing privé (2). Cela est juridique, mais d'une rigueur extrême. Dans l'espèce jugée par la cour de Riom, le mandat avait été donné par le général Destaing, il n'y avait aucun doute sur la réalité de la procuration, et néanmoins la reconnaissance fut annulée pour ce simple vice de forme. On conçoit que les tribunaux reculent devant cette rigueur, la tendance de la jurisprudence étant de faciliter les reconnaissances, afin d'assurer la filiation des enfants naturels. Il a été décidé qu'un écrit sous seing privé portant consentement du père que l'enfant soit présenté à l'officier de l'état civil sous son nom, ne suffisait pas pour valider la reconnaissance; mais dans l'espèce, le père avait fait un legs à son fils en le qualifiant d'enfant naturel; cette qualification, dit l'arrêt, confirme le consentement donné lors de la rédaction de l'acte de naissance (3). Au point de vue de l'équité, oui; mais en droit, comment l'énonciation d'un testament peut-elle donner l'authenticité à une procuration sous seing privé? Dans un jugement qui a donné lieu à de longues controverses, le tribunal de la Seine est allé plus loin et sa décision a été confirmée par la cour de Paris. Laissant de côté l'article 36 et l'article 334, la cour s'est attachée exclusivement à l'arti-

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 383, n° 407.
(2) Riom, 26 février 1817 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 551); Aix, 30 mai 1866 (Dalloz, 1866, 2, 204), et cour de cassation, 12 février 1868 (Dalloz, 1868, 1, 60).
(3) Paris, 2 janvier 1819 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 552, 2°).

cle 1985, et a admis que le mandat de reconnaître l'enfant, même dans un acte de l'état civil, pouvait être donné verbalement, et que ce mandat verbal pouvait être établi par des présomptions, lorsqu'il y avait un commencement de preuve par écrit (1).

Cette interprétation de la loi est inadmissible; invoquer l'article 1985, qui est étranger à la question, et ne tenir aucun compte des articles 334 et 36 qui la décident, cela ne s'appelle pas interpréter la loi, c'est la faire, et c'est la faire dans un sens tout contraire au texte comme à l'esprit du code. Le texte veut une manifestation authentique de la volonté de celui qui reconnaît un enfant naturel; tandis que, dans le système de la cour de Paris, une simple lettre suffira. Il a été en effet jugé en ce sens par la cour de Bruxelles; une lettre adressée à l'officier de l'état civil, par laquelle le père le prie d'inscrire l'enfant en son nom, a été admise comme suffisante, cette lettre ayant été annexée par l'officier public à l'acte de naissance (2). Est-ce là une manifestation de volonté authentique? Non, certes; on a beau annexer un écrit sous seing privé à un acte authentique, cet écrit n'en conserve pas moins sa nature. Et l'authenticité manquant, que devient la garantie que le législateur a cherchée dans la présence de l'officier public et des témoins? Celui qui écrit une lettre sous la pression que l'on exerce sur sa volonté est-il libre, comme la loi veut qu'il le soit, parce que sa lettre est annexée à l'acte de reconnaissance? Ce n'est pas lors de la rédaction de l'acte que la liberté de celui qui reconnaît l'enfant par mandat doit être assurée, c'est lors de la rédaction de la lettre, car c'est à ce moment qu'il manifeste son consentement, c'est donc à ce moment qu'un officier public doit intervenir.

Nous ajouterons que le législateur français s'est montré plus sévère que la jurisprudence. Une loi du 21 juin 1843 porte que les actes notariés contenant donation, reconnais-

(1) Paris, 10 mai 1851 (Dalloz, 1853, 2, 114).

(2) Bruxelles, 11 juillet 1808 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 550). Il y a d'autres arrêts en sens contraire (Dalloz, *ibid.*, nº 549); il faut y ajouter deux arrêts de la cour de Bruxelles, qui décident que la reconnaissance sous seing privé est nulle (arrêts du 24 décembre 1839 et du 14 juillet 1841, dans la *Pasicrisie*, 1839, 2, 225, et 1841, 2, 84).

sance d'enfant naturel, et les *procurations pour consentir ces actes*, seront, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins. On interprète cette loi en ce sens que la procuration donnée par acte sous seing privé est nulle (1). Ce qui implique aussi la nullité de tout écrit, lettre ou autre, par lequel le père aurait consenti à ce que l'enfant fût inscrit sous son nom dans l'acte de naissance; car ces écrits sont en réalité un mandat donné à l'officier public.

La question de savoir si l'écrit contient une reconnaissance de l'enfant, ou si c'est un simple mandat donné pour le reconnaître, est très-importante. D'abord pour la forme. L'un et l'autre acte doivent, à la vérité, être authentiques; mais la procuration peut être reçue en brevet, tandis que la reconnaissance doit être faite avec minute. (Loi du 25 ventôse an XI, art. 20.) Puis, la procuration peut être révoquée, tandis que la reconnaissance est irrévocable. Nous disons que le mandat donné pour reconnaître peut être révoqué. C'est l'application du droit commun. On a soutenu que la procuration même vaut reconnaissance, puisqu'elle contient un aveu de paternité. Cela est inadmissible, si l'acte est réellement une procuration. Il est contradictoire de dire que celui qui donne mandat de reconnaître fait un acte de reconnaissance, car s'il reconnaît, il n'a plus besoin de donner mandat de reconnaître. La procuration implique, il est vrai, un aveu, mais un aveu futur, un aveu qui n'existera que lorsque le mandat sera exécuté, un aveu qui jusque-là peut être révoqué. Il peut être révoqué tant que l'officier public n'aura pas dressé l'acte de reconnaissance. Suffirait-il que la procuration eût été déposée entre ses mains? Non, car tout ce qui résulte du dépôt, c'est que l'officier a connaissance de la volonté du mandant, mais cette volonté n'a pas encore d'exécution. Elle ne sera exécutée que lorsque l'officier public aura dressé l'acte, ou qu'il aura été sommé de le dresser. Jusque-là, le mandant peut révoquer le pouvoir qu'il a donné (2).

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 53

(2) Bourges, 6 juin 1860 (Dalloz, 1861, 2, 9).

52. Du principe posé par l'article 334, suit encore que la reconnaissance peut se faire par testament authentique (1) ; seulement elle sera révocable, comme nous le dirons plus loin. Peut-elle se faire par testament olographe? On est étonné que cette question soit controversée, et plus étonné encore qu'elle ait été décidée affirmativement par des jurisconsultes comme Toullier et Merlin. Leur opinion n'a pas trouvé faveur, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence (2). Le testament olographe est-il un acte authentique? Solennel il l'est, en ce sens qu'il doit être rédigé dans certaines formes, mais authentique il ne l'est certes pas; pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire l'article 1317 qui définit l'acte authentique; il est de l'essence de l'authenticité qu'un officier public intervienne. Inutile d'insister, le texte du code civil décidant la question : en effet, l'article 999 qualifie formellement le testament olographe d'*acte sous signature privée*. Cela suffit, sans qu'il soit besoin d'invoquer l'esprit de la loi, qui est aussi évident que son texte. Il résulte de là une conséquence importante pour les legs faits à l'enfant naturel dans le testament olographe par lequel il a été reconnu. La reconnaissance est nulle et l'enfant n'en peut profiter; par contre, elle ne peut lui être opposée; car il serait absurde de considérer le même enfant, en vertu d'un même acte, comme non reconnu quand il s'agit de lui contester sa filiation, et comme reconnu quand il s'agit de contester les libéralités qui lui auraient été faites à raison de cette filiation (3).

On demande si la reconnaissance peut se faire par testament mystique? L'acte de suscription est authentique ; de là on conclut que cet acte imprime *en quelque sorte* l'authenticité au testament que le testateur déclare être le sien (4). Il

(1) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 537.

(2) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n°s 538 et 539. Il faut y ajouter les arrêts des cours d'Alger du 4 juin 1857 (Dalloz, 1857, 2, 172), de Bordeaux du 30 avril 1861, sur les conclusions contraires du ministère public (Dalloz, 1861, 2, 215), mais confirmé par arrêt de la cour de cassation du 18 mars 1862 (Dalloz, 1862, 1, 284) ; de Paris du 11 août 1866, et d'Agen du 27 novembre 1866 (Dalloz, 1866, 2, 168 et 235).

(3) Nîmes, 1er février 1843 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 539, 1°).

(4) Duranton, t. III, p. 215, n° 217. Cette opinion est suivie par Merlin, Delvincourt, Loiseau et Rochefort (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 541).

y aurait donc deux espèces d'authenticité, une authenticité véritable et une authenticité *en quelque sorte!* Si l'on bannissait de notre science, essentiellement positive, ces équivoques et ces accommodements! Un acte est authentique ou il ne l'est pas. Qu'est-ce qu'il y a d'authentique dans le testament mystique? L'acte de suscription. Et qu'est-ce qui en résulte? Qu'il est prouvé authentiquement, c'est-à-dire jusqu'à inscription de faux, que le testateur a déclaré au notaire que le testament qu'il lui présente est le sien. Le testament devient-il authentique par cette déclaration? C'est un acte sous signature privée, et il reste tel, par la raison très-simple qu'aucun officier public n'y est intervenu lors de la rédaction; le notaire à qui il est présenté ne certifie pas son contenu, et il ne peut pas le certifier, puisque le testament est mystique, c'est-à-dire caché. Il y a cependant un arrêt en faveur de l'opinion que nous combattons, mais elle est généralement repoussée par les auteurs (1).

53. L'article 62 du code Napoléon porte : « L'acte de reconnaissance d'un enfant sera inscrit sur les registres à sa date; et il en sera fait mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un. » On demande si cette disposition est générale, c'est-à-dire si elle s'applique à tous les actes de reconnaissance, non-seulement à ceux qui sont reçus par les officiers de l'état civil, mais aussi à ceux qui sont reçus par d'autres officiers publics, tels que les notaires. Zachariæ répond que le texte et l'esprit de la loi prouvent qu'il s'agit uniquement des actes de reconnaissance dressés par l'officier de l'état civil. Le texte : il ne dit pas que l'officier de l'état civil doit *transcrire* les actes de reconnaissance qui auraient été reçus par un notaire; il dit que les actes de reconnaissance seront *inscrits* à leur date, ce qui implique que c'est l'officier de l'état civil qui les reçoit. Tel était en effet le système du projet de code; il déclarait les officiers de l'état civil seuls compétents

(1) Bruxelles, 23 mars 1811 (Dalloz, au mot *Dispositions entre-vifs et testaments*, n° 3288, 1°). Voyez, en sens contraire, les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 541. Il faut ajouter Aubry et Rau, édition de Zachariæ, t. IV, p. 52, note 18.

pour recevoir les actes de reconnaissance; c'est dans ce sens que l'article 62 a été rédigé. Plus tard, on changea de système; on permit de reconnaître les enfants naturels par acte authentique. Pourquoi? Nous l'avons dit (n° 45); c'est afin d'éviter la publicité que les registres de l'état civil donnent à la reconnaissance. Il va donc sans dire que les reconnaissances faites devant notaires sont dispensées de cette publicité (1).

Croirait-on qu'une opinion si bien établie est traitée d'*erreur* par Marcadé? Il faut nous arrêter un instant sur cette controverse, ne fût-ce que pour montrer sur quelles arguties se fondent bien des opinions nouvelles. Le texte, dit Marcadé, est général et s'applique par conséquent à tout acte de reconnaissance. Supposons que telle ait été l'intention du législateur, comment l'aurait-il exprimée? Il aurait dit : « Tout acte de reconnaissance sera transcrit sur les registres de l'état civil. » Or, le code ne dit pas que *tout* acte sera *transcrit*, il dit l'*acte de reconnaissance* sera inscrit à sa date; ce qui signifie que l'officier de l'état civil inscrira l'acte de reconnaissance sur les registres, à la date à laquelle la reconnaissance sera faite devant lui. Non, dit Marcadé, le but de l'article 62 n'est pas de déterminer la forme de la reconnaissance, ni les fonctionnaires qui ont qualité pour la recevoir; c'est au titre de la Paternité que cette matière est traitée; le seul but de l'article 62 est de compléter les registres de l'état civil; l'acte de reconnaissance tenant lieu à l'enfant naturel d'acte de reconnaissance, il faut que tout acte par lequel un enfant est reconnu soit inscrit sur les registres (2). Zachariæ avait d'avance répondu à cette objection, en établissant par les travaux préparatoires que le véritable objet de l'article 334 était de permettre la reconnaissance des enfants naturels sans la soumettre à la publicité des registres de l'état civil. Marcadé a soin de ne pas dire un mot de cet argument décisif. Il cite, par contre, en grandes lettres, des paroles

(1) Zachariæ, t. IV, p. 48, note 9, et p. 47, note 5, suivi par Demolombe, t. V, p. 375, n° 397.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. I[er], p. 199 et suiv., art. 62, n[os] I, II.

tout à fait insignifiantes prononcées par Duchesne. « L'article 62, dit le tribun, ordonne l'inscription sur les registres de l'acte de reconnaissance d'un enfant, dans les cas où elle pourra avoir lieu selon les règles qui seront établies au titre de la Filiation : ce qui nous a paru indispensable. » Remarquons d'abord que ces paroles ne font que renvoyer au titre de la Filiation; or, lorsque l'article 62 fut adopté, ce titre n'admettait qu'un mode de reconnaissance, la déclaration faite à l'officier de l'état civil; c'est donc à cette déclaration seulement que pouvait faire allusion le rapporteur du Tribunat; c'est cette déclaration qui devait être inscrite sur les registres à sa date, c'est-à-dire au moment où elle était faite. Pouvait-il songer à appliquer la formalité de l'inscription aux actes notariés, alors que les notaires n'avaient pas, au moment où il parlait, qualité pour recevoir une reconnaissance? Pouvait-il y songer, alors que le texte même résiste à cette interprétation? Quand la reconnaissance est faite par un testament authentique, ira-t-on inscrire cette reconnaissance *à sa date* sur les registres de l'état civil? Le peut-on même pour les actes entre-vifs à *leur date?* Le texte et l'esprit de la loi convainquent donc Marcadé d'erreur.

N° 2. DE LA SPÉCIALITÉ.

54. En principe, la reconnaissance doit être expresse et spéciale, c'est-à-dire que l'acte qui la renferme doit avoir pour objet la reconnaissance, et que la volonté de reconnaître doit être exprimée en termes formels. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 62 dit que l'acte de reconnaissance sera inscrit sur les registres; dans ce cas, il est évident que l'objet unique de l'acte est de reconnaître l'enfant naturel et que la reconnaissance est expresse. La reconnaissance peut encore se faire dans l'acte de célébration du mariage, dit l'article 331. Dans ce cas encore, un des objets essentiels de l'acte est de donner à l'enfant une filiation légitime; et il va sans dire que les

parents le reconnaissent en termes exprès, le texte le suppose. Non pas qu'ils doivent se servir du mot *reconnaître*, notre droit moderne n'exige plus de termes sacramentels, pas même dans l'acte solennel par excellence, le testament. Mais il faut que la volonté de reconnaître soit exprimée en termes qui ne laissent aucun doute sur la volonté des père et mère. L'article 334 est conçu dans le même sens; il met sur la même ligne la reconnaissance par acte authentique et celle qui se fait devant l'officier de l'état civil; pour mieux dire, la première ne fut admise que comme extension de la seconde; si celle-ci est spéciale et expresse, l'autre doit l'être aussi. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. Pourquoi le code exige-t-il un acte authentique? Pour assurer la liberté de celui qui reconnaît l'enfant, par suite pour garantir la sincérité de la reconnaissance. Il faut donc que l'attention de celui qui reconnaît, ainsi que de l'officier public et des témoins, se porte spécialement sur la reconnaissance. C'est dire que l'acte doit avoir pour objet la reconnaissance de l'enfant; en ce sens, elle doit être spéciale et expresse. Il a été jugé que la reconnaissance de paternité n'est valable que si elle résulte d'un acte dont l'objet direct est l'aveu de paternité (1).

55. La doctrine et la jurisprudence se sont écartées de la rigueur de ce principe. D'abord on admet généralement que la reconnaissance peut se faire dans un acte qui aurait un autre objet. Cela est admissible, puisque le code lui-même permet aux père et mère de reconnaître l'enfant dans l'acte de célébration de leur mariage. Il pourrait donc aussi être reconnu dans l'acte de célébration du mariage de l'enfant. Nous-même nous avons enseigné que la reconnaissance peut se faire par testament, bien que le testament ait pour objet principal la transmission des biens. Mais un acte peut très-bien contenir plusieurs dispositions; cela ne l'empêche pas d'être spécial pour chacune d'elles. L'essentiel est que la reconnaissance se fasse dans une clause spéciale et formelle; cela seul répond à l'esprit de la loi.

(1) Montpellier, 9 floréal an XIII (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 569, 1°).

Les auteurs admettent avec la jurisprudence qu'il n'est pas nécessaire qu'elle se fasse en termes dispositifs et par une phrase principale, qu'elle peut se faire en termes énonciatifs et par une simple phrase incidente. On invoque l'article 1320, qui attache aux énonciations la même force probante qu'au dispositif de l'acte (1). On oublie que la reconnaissance est un acte solennel et que dans l'article 1320 il n'est question que de la preuve qui résulte des actes authentiques, quand il s'agit de contrats non solennels. La différence est capitale et elle exclut l'argumentation par analogie.

A vrai dire, on ne trouve pas de principe fixe dans la jurisprudence, elle accommode le droit aux faits, c'est la faveur des faits qui décide. Il y a des arrêts qui se rapprochent de notre opinion, d'autres s'en éloignent complétement. Un individu déclare la naissance d'un enfant dont sa domestique est accouchée; le comparant lui donne son nom et signe l'acte. Donner son nom à un enfant, n'est-ce pas le reconnaître? La cour de Poitiers a décidé que la reconnaissance ne peut pas être suppléée par des inductions, qu'elle doit être exprimée en termes formels et positifs (2). Cela a paru trop rigoureux à d'autres cours. Dans son contrat de mariage, l'enfant prend la qualité de fils d'un individu, qui signe avec les témoins. La cour de Riom a vu dans cet acte une reconnaissance. Il n'y avait cependant aucune déclaration, aucun aveu émané du père! Mais les faits attestaient la paternité, elle se trouvait indiquée dans l'acte de naissance, bien que sans l'aveu du père, et la possession d'état était conforme (3). L'ensemble de ces faits donna à la cour la certitude de la filiation paternelle de l'enfant. Mais là n'est pas la question. La possession d'état et l'acte de naissance doivent être écartés, puisqu'ils ne font pas preuve de la filiation naturelle. Restait un acte où il n'y avait aucun aveu. Est-ce là cette

(1) Duranton, t. III, p. 213, n° 214. Demolombe, t. V, p. 386, n°s 409 et 410.

(2) Poitiers, 28 août 1810 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 546, 2°). Comparez Poitiers, 9 décembre 1824 (Dalloz, *ibid.*, n° 725, p. 425).

(3) Riom, 29 juillet 1809 et, dans le même sens, Bruxelles, 4 juillet 1811 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 543, 1° et 2°).

volonté réfléchie et exprimée solennellement que les auteurs du code ont voulue?

La qualité de père qu'un individu prend dans un acte authentique, ou la qualité de fille qu'il donne à un enfant, suffit-elle pour qu'il y ait reconnaissance? Ici il y a au moins un aveu, on peut même dire qu'il est formel, si l'acte dans lequel il se trouve est de nature à appeler l'attention du père sur les termes dont il se sert. Ainsi, il signe un acte de naissance, en ajoutant le mot de père (1); il fait un legs à un enfant qu'il appelle sa fille naturelle (2). Il n'y a pas à douter de la volonté sérieuse du père de reconnaître l'enfant comme sien; et puisqu'elle se trouve exprimée dans un acte authentique, on a pu juger, sans trop s'éloigner de la rigueur de la loi, qu'il y avait reconnaissance dans le sens de l'article 334.

Dans des espèces presque identiques, les cours rejettent ou admettent la reconnaissance, suivant la faveur que les faits paraissent mériter. Le père naturel s'engage à payer une certaine somme à la mère, pour elle et pour son enfant. Est-ce une reconnaissance de l'enfant? Il y a des arrêts pour et contre (3). Preuve que la jurisprudence ne décide pas d'après des principes certains. Celui qui pourvoit aux besoins de la mère et de l'enfant qu'elle a mis au jour, remplit les devoirs que la paternité lui impose. S'il reconnaît ces obligations dans un acte authentique, n'est-ce pas avouer la paternité d'où elles dérivent? Cet aveu n'est-il pas tout aussi positif que celui qui résulte du nom de père ou de fils? L'exécution d'une obligation n'est-elle pas la meilleure preuve de cette obligation? Et si l'obligation qui incombe au père est établie, n'est-ce pas la reconnaissance certaine de la paternité? Dans la doctrine que nous professons, la négative est évidente. On peut très-bien pourvoir aux nécessités d'un enfant sans vouloir le reconnaître. Dans l'opinion consacrée par la jurisprudence, rien n'est certain, tout dépend des circonstances de la cause.

(1) Colmar, 24 mars 1813 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 543, 3°).
(2) Bastia, 17 août 1829 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 596).
(3) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Paternité*, n° 544.

Les aveux faits lors de la naissance sont vus en général avec faveur et non sans raison, puisque c'est à ce moment que la vérité doit se faire jour. Une déclaration de naissance est faite par un individu qui désigne la mère comme son épouse légitime. Il se trouve qu'il n'y a pas de mariage. Cette déclaration vaut-elle, au moins, comme reconnaissance d'un enfant naturel? La cour de Metz a jugé en ce sens. En effet, l'aveu de paternité était certain, malgré l'irrégularité ou le mensonge dont il était entaché; cela suffit pour qu'il y ait reconnaissance (1). La déclaration de grossesse, faite par la mère, équivaut-elle à une reconnaissance? Il est certain que non, quand on s'en tient au texte de la loi, car la femme qui déclare qu'elle est enceinte ne manifeste pas la volonté de reconnaître l'enfant qu'elle va mettre au monde. Cela a été jugé ainsi par la cour de Lyon (2). D'autres cours ont décidé en sens contraire, dans des espèces où la maternité était certaine. L'acte de naissance qui avait suivi la déclaration de grossesse désignait la mère, et la possession d'état était conforme. Mais la certitude de la filiation suffit-elle pour qu'il y ait reconnaissance? La question ne peut pas même être posée. Aussi a-t-on essayé de donner un autre motif, juridique en apparence. La déclaration de grossesse, dit-on, les soins non interrompus que la mère a donnés à son enfant prouvent que c'est de son aveu que son nom a été déclaré dans l'acte de naissance; d'où résulte que cet acte implique reconnaissance (3). Mais suffit-il d'un aveu tacite pour qu'il y ait soit reconnaissance directe, soit pouvoir de reconnaître? Non. Il ne reste donc que la faveur des circonstances pour justifier ces arrêts.

56. Si, d'après la jurisprudence, la reconnaissance peut être tacite, il faut du moins que l'enfant auquel elle s'applique soit désigné individuellement, et de manière qu'il n'y ait aucun doute sur l'enfant que le père ou la

(1) Metz, 8 août 1855 (Dalloz, 1857, 2, 34).
(2) Arrêt du 20 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 186). Voyez, plus haut, n° 47, p. 76.
(3) Orléans, 28 février 1858 (Dalloz, 1858, 2, 113). Comparez Grenoble, 13 janvier 1840 (Dalloz, 1840, 2, 206).

mère a voulu reconnaître. Ce principe résulte de la nature des choses. Peut-il être question d'une reconnaissance, alors que l'on ne sait qui est l'enfant reconnu? Mais à quoi servent les principes, si l'on s'en écarte dans la pratique selon a les faits et les circonstances? Un individu institue une rente au profit d'une femme, en ajoutant « parce qu'elle avait eu deux enfants de ses œuvres et qu'elle était enceinte du troisième. » La cour de Caen a vu une reconnaissance dans cet acte (1). Cet acte ne manifeste pas même la volonté du père de reconnaître les enfants, il est fait uniquement au profit de la mère. Or, on peut venir au secours de la mère et lui faire des libéralités sans vouloir donner son nom aux enfants. Ces enfants sont-ils au moins désignés individuellement? Non, on sait seulement que ce sont les enfants de telle femme, mais cette femme n'étant pas mariée, ses enfants n'ont pas de filiation; il faudrait donc commencer par rechercher la maternité avant que la filiation paternelle pût être admise. La désignation des enfants reconnus doit résulter de l'acte qui les reconnaît; on ne peut pas la chercher en dehors de l'acte.

57. L'application de ces principes à la procuration donnée pour reconnaître un enfant n'est pas sans difficulté. Aux termes de l'article 36, la procuration doit être spéciale. Mais quand est-elle spéciale? La question s'est présentée devant la cour de cassation. Un capitaine de navire, sur le point d'entreprendre un voyage de long cours, donne par acte notarié pouvoir exprès de reconnaître devant tous officiers de l'état civil, comme étant de son œuvre, l'enfant qui naîtrait pendant son absence de la personne par lui indiquée au mandataire. En conséquence, celui-ci déclare à l'officier de l'état civil la naissance de l'enfant, en le désignant comme fils naturel du mandant. Le père meurt. On attaque la reconnaissance pour défaut de spécialité de la procuration. La cour d'Aix décide que la procuration est spéciale et que la reconnaissance est valable. Il est vrai, dit la cour, que l'enfant n'est

(1) Arrêt du 8 décembre 1830, cité par Demolombe, t. V, p. 386, n° 410.

pas indiqué dans la procuration, mais qu'est-ce que cela prouve? Que ce nom n'est pas désigné authentiquement; cela ne prouve pas que le mandat de reconnaître l'enfant n'est pas spécial, il est spécial par la déclaration confidentielle que le mandant a faite du nom de la mère (1). Sur le pourvoi en cassation, l'arrêt est cassé (2). Nous croyons que la décision de la cour suprême consacre les vrais principes. La procuration doit être tout ensemble spéciale et authentique. Elle doit être authentique, comme garantie de liberté dans celui qui veut reconnaître, et de sincérité de la reconnaissance qu'il donne pouvoir de faire en son nom. Il faut donc que l'acte notarié indique l'enfant; c'est un élément substantiel de la reconnaissance et par conséquent du mandat. Si l'enfant n'est pas encore né, le seul moyen de le désigner, c'est d'indiquer la mère. Comprend-on la reconnaissance d'un enfant conçu, sans indication de la mère? Eh bien, c'est ne pas l'indiquer que de la désigner oralement ou par un écrit sous seing privé; il en résulterait, en effet, que l'un des éléments essentiels de la reconnaissance ne serait pas authentique. Ce qui est vrai de la reconnaissance, l'est aussi de la procuration donnée pour reconnaître. La désignation confidentielle de la mère en dehors de la procuration serait insuffisante; le mandat ne serait ni spécial ni authentique, partant la reconnaissance serait nulle.

§ IV. *Conséquences de l'inobservation des conditions prescrites par la loi.*

N° 1. DES CAS OU LA RECONNAISSANCE EST NON EXISTANTE.

58. Le code ne distingue pas les actes nuls, qui donnent lieu à une action en nullité, des actes que nous appelons inexistants parce qu'ils n'ont pas d'existence aux yeux de la loi. Cette distinction est aujourd'hui générale-

(1) Aix, 30 mai 1866 (Dalloz, 1866, 2, 201). Voyez (*ibid.*) une consultation de Mourlon en ce sens.
(2) Arrêt de cassation du 12 février 1868, et une consultation de Demolombe en ce sens (Dalloz, 1868, 1,60).

ment admise par la doctrine, et elle pénètre dans la jurisprudence. Nous en avons fait l'application aux actes de l'état civil et au mariage (1). Les auteurs en font aussi l'application aux actes de reconnaissance. Comme le code civil n'établit pas la distinction d'une manière formelle, il en résulte que la terminologie est incertaine : les actes que nous appelons *inexistants* sont qualifiés d'actes *nuls* par les auteurs français. Mais peu importe; on est d'accord sur les principes. Il y a des cas où la reconnaissance est *inexistante* ou nulle d'une nullité absolue; elle n'existe pour personne, pas plus pour celui qui l'a faite que pour les tiers. De là suit que tous ceux qui ont intérêt à l'écarter ont qualité pour demander que le tribunal déclare qu'elle n'existe pas; on ne peut pas dire qu'ils agissent en nullité, car on ne peut logiquement demander la nullité du néant. Leur action est du reste imprescriptible; à toute époque, on peut soutenir qu'une reconnaissance n'a jamais existé et que partant elle ne saurait produire aucun effet. Il en est autrement des reconnaissances *nulles* ou annulables. Elles donnent lieu à une action en nullité; on leur applique le vieil adage : *nullités de plein droit n'ont lieu.* Les reconnaissances nulles existent, elles produisent les effets que la loi attache à la reconnaissance, jusqu'à ce que la nullité ait été prononcée par le juge. Par suite il y a lieu à prescription. Il y a aussi lieu à confirmation, tandis qu'il est impossible de confirmer une reconnaissance inexistante (2).

59. Dans quels cas la reconnaissance est-elle inexistante? Le code n'ayant pas consacré d'une manière formelle la doctrine de la non-existence des faits juridiques, la question doit être décidée d'après les principes généraux de droit. Il y a un premier cas dans lequel il n'y a aucun doute. La reconnaissance est faite par une autre personne que par le père ou la mère, par le père au nom de son fils, ou par les héritiers au nom du défunt. Cette reconnaissance n'existe pas, car personne ne peut recon-

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 106, n° 71; le tome II, p. 35, n° 23, et p. 562, n°s 440-447.
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 60 et suiv., § 468 *ter*.

naître un enfant, sinon ceux qui lui ont donné le jour. Nous avons cité plus haut (n° 47) une décision contraire. Il a été jugé qu'une reconnaissance faite par les héritiers était valable. Les héritiers n'ont pas plus qu'un premier venu qualité pour reconnaître l'enfant; le fait avoué étant purement personnel au père et à la mère, ne peut être avoué que par eux. Il est arrivé que la reconnaissance d'un enfant naturel a été faite frauduleusement par celui qui n'en était pas le père ou la mère. Si la fraude est prouvée, la conséquence sera qu'une pareille reconnaissance est inexistante. En effet, il sera prouvé que c'est un tiers sans qualité qui l'aura faite. Nous en trouvons un exemple mémorable dans les annales de la jurisprudence. Un enfant né en 1816 est reconnu en 1845, par l'acte de célébration du mariage de celui qui s'en disait le père. La reconnaissance et par suite la légitimation furent attaquées comme frauduleuses. Il fut jugé que le mari de la mère n'était pas le père de l'enfant qu'il avait reconnu comme sien. A l'époque de la conception de l'enfant, la mère, affiliée à une société de contrebandiers, menait une vie errante; à cette même époque, le prétendu père, à peine âgé de treize ans, était encore à l'école, et on ne rencontrait aucune trace de relations qui auraient pu exister entre lui et la mère; ils restèrent étrangers l'un à l'autre et inconnus jusqu'au moment du mariage. L'ensemble de ces circonstances prouvait que celui qui avait reconnu et légitimé l'enfant n'en pouvait être le père. Par suite, la cour de Douai décida que la légitimation était nulle et de nul effet, ou, comme nous dirions, inexistante (1).

60. Il y a un second cas dans lequel la reconnaissance est inexistante : si celui qui l'a faite n'avait pas l'usage de sa raison au moment où la reconnaissance a eu lieu. La loi dit qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement (art. 146). De même, il faut dire que sans consentement il n'y a pas de reconnaissance. Il est vrai que la reconnaissance n'est pas un contrat, mais elle exige

(1) Arrêt du 6 juin 1851 (Dalloz, 1852, 2, 221). Voyez un arrêt dans le même sens de la cour d'Aix, du 22 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 121).

néanmoins une manifestation de volonté, donc la faculté de consentir. Celui qui est en état de démence ou d'ivresse, étant incapable de consentir, ne pourrait faire une reconnaissance; l'acte qu'il ferait serait inexistant.

61. La reconnaissance serait encore non existante si elle était faite devant un officier incompétent. Une donation reçue par un officier de l'état civil serait certes radicalement nulle. Un acte de vente passé devant un bourgmestre serait encore nul, comme preuve littérale de la vente. Mais il y a cette différence considérable entre les deux cas, c'est que la donation étant un contrat solennel n'existe que si les solennités ont été observées (art. 1339), tandis que l'existence de la vente est indépendante de l'écrit qui en est dressé, écrit qui ne sert que de preuve. La reconnaissance est-elle un acte solennel ou non solennel? Ce que nous avons dit des formes dans lesquelles la reconnaissance doit être faite, de l'intervention d'un officier public pour assurer la liberté de celui qui la fait et pour garantir la sincérité de l'acte, prouve que la solennité est prescrite comme élément du consentement; donc quand les solennités prescrites par la loi n'ont pas été observées, il n'y a pas de reconnaissance.

Cela est admis par tout le monde lorsque l'officier public est incompétent, en ce sens qu'il n'a pas qualité pour recevoir l'acte de reconnaissance (1). Mais l'acte nul comme authentique ne pourrait-il pas valoir comme acte sous seing privé? C'est demander si la reconnaissance peut se faire par acte sous signature privée. Toullier soutient que cela se peut; il ne voit dans l'acte authentique qu'une question de preuve. S'il en était ainsi, il aurait parfaitement raison de dire que la reconnaissance est valable quoique faite sous seing privé. Nous avons d'avance répondu à l'argumentation de Toullier. Qu'importe que l'article 334 ne prononce pas la nullité? qu'il ne soit pas conçu en termes prohibitifs (2)? La loi dit-elle que le contrat de mariage doit être reçu par un notaire sous peine

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 562.
(2) Toullier, *le Droit civil français*, t. II, n°s 950 et suiv.

de nullité? La nullité, pour mieux dire la non-existence de la reconnaissance résulte du motif pour lequel la loi exige l'intervention d'un officier public; or, l'officier public n'est pas censé intervenir, quand il n'observe pas les formes prescrites par la loi; dès lors il n'y a pas d'acte, et sans acte il n'y a pas de reconnaissance. Il a été jugé par la cour de cassation que la reconnaissance est nulle quand elle est constatée dans un écrit sous seing privé, quand même cet écrit serait relaté dans l'acte de naissance, si l'acte de naissance a été reçu hors de la présence du père et sans son consentement (1). Telle est aussi la doctrine commune des auteurs (2).

Par application des principes qui régissent les actes non existants (art. 1131), il faut décider que la reconnaissance faite sous seing privé ne produirait aucun effet. Elle ne pourrait pas être confirmée, car la confirmation du néant ne se conçoit pas; elle devrait être refaite dans la forme légale, comme la loi le prescrit pour les donations nulles en la forme (art. 1339). La possession d'état ne suffirait pas pour purger le vice d'une pareille reconnaissance. A vrai dire, il ne s'agit pas d'un acte vicié, il s'agit d'un acte qui n'a point d'existence légale; or, un acte qui n'existe pas aux yeux de la loi, c'est le néant; la possession d'état viendrait donc se joindre au néant. C'est dire qu'elle resterait isolée, et à elle seule la possession d'état n'est pas une preuve de la filiation naturelle (3).

On a prétendu qu'une reconnaissance sous seing privé donnait à l'enfant le droit de réclamer les aliments. Cela est inadmissible; nous reviendrons sur ce point. Un écrit sous signature privée par lequel un enfant serait reconnu n'aurait qu'un effet, si la reconnaissance émanait de la mère, c'est qu'il servirait de commencement de preuve par écrit à l'enfant qui rechercherait la maternité. C'est une dérogation à la rigueur des principes : mais elle résulte du texte de la loi (art. 341).

(1) Arrêt du 4 octobre 1812 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 548, 5°, p. 343).
(2) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 563.
(3) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 56, note 6.

N° 2. DES CAS OU LA RECONNAISSANCE EST NULLE.

I. *Des causes de nullité.*

62. Le code ne dit rien des causes de nullité. Il faut donc décider la question d'après les principes généraux. Une première difficulté se présente : la reconnaissance faite par un incapable est-elle nulle? Nous l'avons examinée. Dans notre opinion, la reconnaissance faite par un interdit, pendant un intervalle lucide, est valable. Tout le monde admet la validité de la reconnaissance que ferait une personne placée sous conseil. Il n'y a de doute sérieux que sur la reconnaissance faite par une femme mariée ou par un mineur. Dans notre opinion, elle est nulle. Le mineur a l'action en rescision pour cause de lésion, et la femme a l'action en nullité pour défaut d'autorisation maritale (1). On applique les principes généraux qui régissent ces actions (2). Une fois que l'on admet que le mineur et la femme mariée sont incapables de reconnaître un enfant naturel, il ne peut plus y avoir de doute sur la conséquence résultant de l'incapacité. Dans la théorie du code, l'incapacité est une cause de nullité (art. 225, 1124, 1125), en ce sens que les contrats existent, mais que la nullité en peut être demandée.

Une seconde cause de nullité sur laquelle tout le monde est d'accord résulte des vices du consentement. Si le code n'en parle pas, c'est qu'il était inutile de répéter les règles générales qui régissent le consentement. Elles sont établies au titre des Obligations, et elles reçoivent leur application même aux matières d'état personnel, sauf les modifications résultant de la nature différente des faits juridiques. Nous avons vu que les principes établis pour les contrats d'intérêt pécuniaire reçoivent des restrictions importantes dans leur application au mariage (3). La cour

(1) Voyez, plus haut, p. 61-69, nos 38-41.
(2) Sur l'action en nullité résultant du défaut d'autorisation, voyez le tome III de mes *Principes*, p. 192, nos 154-164. Quant à l'action en rescision appartenant au mineur, il en sera traité au titre des Obligations.
(3) Voyez le tome II de mes *Principes*, nos 290, 303, p. 370, 402.

de cassation a décidé que la reconnaissance d'un enfant naturel peut être annulée ou rescindée dans les mêmes cas et par les mêmes moyens que toutes les conventions consignées dans des actes authentiques (1). Il est vrai que la reconnaissance n'est pas une convention, c'est une déclaration unilatérale, qui n'a pas besoin d'être acceptée par l'enfant; mais cette déclaration implique une manifestation de volonté, donc un consentement. Par suite, les causes qui vicient le consentement vicient également la reconnaissance. Il est hors de doute que lorsque le consentement de celui qui a reconnu l'enfant est vicié, la reconnaissance est nulle, c'est-à-dire annulable. C'est la théorie générale du code (art. 1117).

63. Aux termes de l'article 1110, l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Cette disposition peut-elle s'appliquer à la reconnaissance? Si l'on s'en tenait à la lettre de la loi, il faudrait répondre négativement. La reconnaissance n'est pas une *convention*, elle ne peut pas même être l'objet d'une convention; elle ne porte pas sur une *chose*, elle embrasse des intérêts plus élevés, l'état de l'enfant. Se fondant sur ces considérations, un tribunal de première instance avait décidé que l'erreur ne pouvait être invoquée comme viciant la reconnaissance. Cette décision fut réformée par la cour d'appel. La cour dit que le principe posé par l'article 1109, d'après lequel l'erreur vicie le consentement, est une maxime de droit naturel qui domine toutes les matières de droit, nul ne pouvant être lié par un acte qui est le résultat de l'erreur. Si le consentement n'est pas valable, en matière de conventions, quand il a été donné par erreur, à plus forte raison ne l'est-il pas dans les actes qui concernent l'état des personnes. Plus l'acte est grave, plus l'erreur vicie le consentement. Il est vrai que les termes de l'article 1109 ne reçoivent pas d'application à la reconnaissance, mais quelle est la règle qu'il établit? Que l'erreur doit être substantielle. Et qu'entend-on par substance? C'est ce sur

(1) Arrêt du 27 août 1811 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 565).

quoi la volonté s'est fixée, ce que la partie qui figure à l'acte a eu principalement en vue. La substance de la reconnaissance est donc l'enfant qui fait l'objet de la reconnaissance. S'il y a erreur sur l'enfant, il n'y a pas de reconnaissance valable (1). On pourrait même dire que la reconnaissance n'existe pas, que l'erreur exclut le consentement. Mais le code n'a pas admis cette théorie; il considère l'erreur comme un simple vice donnant lieu à une action en nullité.

64. Le dol vicie le consentement dans les contrats. Il n'a pas été admis par le code comme viciant le mariage. On connaît le vieux dicton : « En mariage trompe qui peut. » Puisque la loi ne parle pas des vices de consentement qui annulent la reconnaissance, il en faut conclure que les principes généraux restent applicables. Le dol sera donc une cause de nullité de la reconnaissance, s'il est prouvé que des manœuvres frauduleuses ont été employées pour porter le père ou la mère à reconnaître un enfant, qu'ils n'auraient pas reconnu si l'on n'avait pas eu recours à ces manœuvres (art. 1116). Nous ne connaissons pas de décision judiciaire qui ait annulé une reconnaissance pour dol. Un arrêt de Douai a réformé un jugement de première instance qui avait prononcé la nullité d'une reconnaissance en invoquant le dol. A vrai dire, il y avait séduction et non dol, et la séduction ne vicie pas le consentement (2).

65. La violence, en détruisant la liberté du consentement, le vicie. Quand y a-t-il violence? On applique les principes généraux que nous exposerons au titre des Obligations. Il y a un de ces principes qui peut servir à résoudre une question sur laquelle il y a controverse. La violence implique des voies de fait ou des menaces illégales. Celui qui fait ce qu'il a le droit de faire n'use pas de violence. De là suit que des poursuites judiciaires ne peuvent pas être considérées comme une violence, car ces poursuites sont l'exercice d'un droit (3). Peu importe que

(1) Arrêt d'Aix du 22 décembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 121).
(2) Arrêt de Douai du 17 mars 1840 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 492, 3°).
(3) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 43, note 13.

les poursuites, par la crainte qu'elles inspirent, engagent celui contre lequel elles sont exercées à reconnaître l'enfant naturel. M. Demolombe est d'un avis différent. Il commence par poser en principe qu'une action judiciaire ne doit jamais être considérée en soi comme un acte de violence. Puis, d'après son habitude, il transige avec les faits en ajoutant que les magistrats *pourront* trouver dans les poursuites intentées, et *peut-être* plus encore dans les menaces de poursuites et dans la terreur qu'elles auraient causée, l'un des éléments les plus graves de la violence(1). Des principes aussi nuageux ne sont plus des principes. Il y a une autre distinction qui nous paraît plus juridique. Les poursuites judiciaires sont l'exercice d'un droit quand l'action est intentée sérieusement. Mais si l'action n'a d'autre but que de frapper de terreur un esprit timoré, alors elle devient injuste, car on abuse de la justice pour extorquer un consentement qui n'aurait pas été donné sans cette violence morale ; les tribunaux devraient, en ce cas, annuler la reconnaissance.

Loiseau va plus loin. Il enseigne que la reconnaissance n'est libre que si elle est spontanée ; de sorte que si elle est provoquée par des actes extrajudiciaires, elle sera viciée par la violence(2). La cour de cassation a repossés avec raison cette doctrine qui heurte tous les principeu(3). Nos actions sont rarement spontanées ; presque toujours elles sont provoquées ; elles ne seraient donc jamais libres. Il faut des voies de fait ou des menaces pour qu'il y ait violence, donc des actes extrajudiciaires pas plus que des poursuites judiciaires ne sont des violences.

66. La reconnaissance est encore nulle, pour vice de formes, quand l'officier public qui l'a reçue a instrumenté hors de son ressort, ou quand il n'a pas observé les formalités que la loi prescrit sous peine de nullité (4). Pour l'application de ce principe, il faut d'abord distinguer les

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 413, nº 432.
(2) Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 505, suivi par Ducaurroy, t. Ier, p. 341, nº 483.
(3) Arrêt du 27 août 1811, rendu sur les conclusions de Daniels (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 565).
(4) Zachariæ, t. IV, p. 60, et p. 49, note 11.

actes de reconnaissance passés devant notaire et ceux qui sont reçus par un officier de l'état civil. Quant aux premiers, on applique la loi du 25 ventôse an XI, qui détermine avec soin quelles sont les formalités qui doivent être remplies sous peine de nullité. Il n'en est pas de même des seconds. Le code civil n'établit pas de nullité en matière d'actes de l'état civil; si l'acte est irrégulier, il y a lieu à rectification, et l'acte rectifié vaudra comme acte de reconnaissance, à partir du moment où il a été reçu, avec cette réserve que le jugement de rectification ne peut être opposé à ceux qui n'ont pas été parties en cause (1). Mais la doctrine admet qu'il y a des cas où les actes de l'état civil sont inexistants (2). Tel serait le cas où l'acte est inscrit sur une feuille volante. Il a cependant été jugé que l'acte de reconnaissance inscrit sur une feuille volante est valable, parce que l'article 52 n'établit comme sanction que des dommages-intérêts et des peines correctionnelles prononcées contre l'officier de l'état civil (3). L'argument est loin d'être décisif. Il s'agit de savoir s'il y a un acte de l'état civil, quand il n'est pas inscrit sur les registres; or, l'article 62 exige formellement que l'acte de reconnaissance soit inscrit sur les registres à sa date; sans cette inscription, il n'y a pas d'acte, sauf à l'enfant à poursuivre l'officier de l'état civil et à faire inscrire le jugement qui tiendra lieu d'acte (4).

Il a été jugé que la signature du père qui reconnaît l'enfant n'est pas prescrite sous peine de nullité, ni comme condition d'existence de l'acte. Ce dernier point nous paraît inadmissible. Il est certain qu'un acte non signé par celui qui y fait un aveu n'est pas un acte; c'est la signature qui fait l'essence de l'acte. Dans l'espèce jugée par la cour d'Angers, l'officier de l'état civil avait signé et il avait déclaré que le père avait également signé. De là, la cour a conclu qu'il n'y avait pas eu refus de signer, mais

(1) Voyez des applications de ce principe dans Dalloz, au mot *Paternité*, nos 547 et 518-522.
(2) Voyez le tome II de mes *Principes*, nos 23-26, p. 35 et suiv.
(3) Arrêt de Metz du 19 août 1824 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 517).
(4) Nous l'avons décidé ainsi pour l'acte de célébration du mariage (t. III, nos 4 et 5). Comparez Zachariæ, t. IV, p. 48, note 7.

simple oubli; elle rapporte d'autres circonstances à l'appui de cette supposition qui la rendent très-probable. C'est donc une décision de fait plutôt que de principes(1). Encore nous semble-t-il très-difficile de suppléer au défaut de signature par de simples présomptions.

Une question plus douteuse est celle de savoir si la nullité de l'acte dressé par le notaire ou par l'officier de l'état civil entraîne la nullité ou la non-existence de la reconnaissance. Zachariæ considère la reconnaissance comme simplement annulable. La difficulté est celle-ci : les formes sont-elles requises pour la substance du fait juridique? c'est-à-dire, la reconnaissance est-elle un acte solennel au même titre que la donation? Si c'est un acte solennel, alors il n'y a pas de doute. Dans les actes de cette nature, la solennité est une condition d'existence; il faut par conséquent appliquer, par analogie, à la reconnaissance ce que l'article 1339 dit de la donation : nulle en la forme, elle n'existe pas aux yeux de la loi, elle ne peut être confirmée; le donateur n'a qu'un moyen de lui donner effet, c'est de la refaire en la forme légale. Reste à savoir si l'on peut assimiler la reconnaissance à la donation. A s'en tenir au motif que l'on a donné pour exiger un acte authentique, il faut décider la question affirmativement. On a voulu assurer la liberté de celui qui reconnaît un enfant naturel, le mettre à l'abri de toute surprise. Les formes tiennent donc au consentement comme dans la donation. Cela est décisif.

II. *Qui peut demander la nullité?*

67. Les causes de nullité sont ou relatives ou absolues. Quand elles sont relatives, la nullité ne peut être demandée que par celui dans l'intérêt duquel elle a été établie. Sont-elles absolues, toute personne intéressée peut l'invoquer. Tel est le principe général qui régit les demandes en nullité (2). Reste à savoir quand la nullité est absolue,

(1) Arrêt d'Angers du 27 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 202).
(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 107, n° 72.

quand elle est relative. Les nullités fondées sur un vice de consentement sont essentiellement relatives; celui-là seul dont le consentement est vicié par l'erreur, le dol ou la violence peut agir en nullité. Zachariæ applique ce principe à la reconnaissance (1); et à première vue, cela semble évident. Toutefois il y a une raison de douter. Aux termes de l'article 339, toute reconnaissance de la part du père ou de la mère pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. Quel est l'objet de cette contestation? La reconnaissance peut ne pas être l'expression de la vérité; si celui qui a reconnu un enfant naturel n'en est pas le père, toute personne intéressée peut contester la reconnaissance. Or, quand la reconnaissance est attaquée pour cause d'erreur, de dol ou de violence, le demandeur soutient au fond qu'il a reconnu faussement une paternité qui n'est pas la sienne et qu'il l'a fait par erreur, dol ou violence. Dès lors, n'est-ce pas le cas d'appliquer l'article 339? L'objet de la demande en nullité est bien de repousser la reconnaissance, comme n'étant pas sincère; le dol, la violence ou l'erreur ne sont que des moyens d'établir la fausseté (2); dès lors il semble que l'on doit donner à tous ceux qui y ont intérêt le droit d'invoquer les vices du consentement. C'est l'opinion de M. Demolombe et elle est très-spécieuse (3). Nous croyons néanmoins qu'il faut s'en tenir aux principes généraux. L'article 339, en disant que toute reconnaissance peut être contestée, suppose que l'objet direct de la demande est d'établir que la reconnaissance est contraire à la vérité, c'est-à-dire que celui qui l'a faite savait qu'il reconnaissait un enfant qui ne lui appartenait pas. C'est à raison de cette fraude que la loi permet à tous ceux qui y ont intérêt de contester. Quand l'action en nullité est fondée sur un vice de con-

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 60, note 19.

(2) Voyez l'exemple d'une demande en nullité fondée sur le dol, dans l'arrêt de Paris du 14 (ou 28) décembre 1833 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 581). Dans l'espèce, il y avait séduction bien plus que dol, et l'action se fondait réellement sur l'article 339, c'est-à-dire sur la non-sincérité de la reconnaissance. Il en est de même de l'arrêt de Lyon du 13 mars 1856 (Dalloz, 1856, 2, 232).

(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 420, n° 439.

sentement, elle implique, à la vérité, que la reconnaissance est fausse, mais le fondement de l'action est l'erreur, le dol ou la violence. Dès lors nous ne sommes plus dans le cas de l'article 339, nous rentrons dans les principes généraux.

68. Si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que les mineurs et les femmes mariées sont incapables de reconnaître un enfant naturel, il faut appliquer les principes généraux qui régissent la nullité fondée sur l'incapacité. Elle est essentiellement relative; le mineur seul peut se prévaloir de la minorité pour agir en rescision. Si la reconnaissance est faite par une femme mariée sans autorisation maritale, on applique l'article 225, aux termes duquel la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers. Dans ces deux cas, la demande en nullité impliquera aussi que la reconnaissance n'est pas l'expression de la vérité; il en sera du moins ainsi de la reconnaissance faite par le mineur. Néanmoins il n'y a pas lieu à appliquer l'article 339, car ce n'est pas la sincérité de la reconnaissance qui est l'objet direct de la demande, c'est l'incapacité de celui qui a reconnu l'enfant; en supposant même que cet enfant fût le sien, il ne pouvait pas le reconnaître. Ce qui nous place en dehors de l'article 339.

69. Si l'acte de reconnaissance est nul en la forme, la nullité est absolue, de l'avis de tous les auteurs. Ils invoquent l'article 339 (1). Dans l'opinion que nous avons enseignée, la reconnaissance est, en ce cas, inexistante, et toute personne intéressée peut se prévaloir de l'inexistence d'un fait juridique. Si l'on considère seulement la reconnaissance comme nulle, la question devient douteuse. L'article 339, que l'on cite, suppose que la reconnaissance n'est pas l'expression de la vérité. Or, quand elle est faite par un acte authentique, nul comme tel, elle peut être très-vraie, elle est seulement nulle pour vice de forme. Or, les vices de forme ne produisent pas une nullité absolue; il faut voir dans l'intérêt de qui les formes sont établies.

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 579.

Si la loi veut que la reconnaissance se fasse par acte authentique, c'est pour éviter toute surprise, c'est donc dans l'intérêt de celui qui reconnaît l'enfant. Logiquement il en faudrait conclure que la nullité est relative. On ne peut la considérer comme absolue qu'en soutenant, comme nous le faisons, que les formes sont de la substance de l'acte ; que, par suite, sans les formes il n'y a point d'acte.

70. Dans quel délai l'action doit-elle être intentée? Il faut d'abord distinguer s'il s'agit d'une action en nullité proprement dite, c'est-à-dire si la reconnaissance est nulle en ce sens qu'elle est annulable, ou si elle est inexistante. Dans ce dernier cas, il n'y a pas lieu à nullité ni à prescription. La reconnaissance peut toujours être attaquée ou contestée; mais l'action par laquelle on l'attaque est improprement qualifiée d'action en nullité; on ne demande pas la nullité de ce qui n'existe pas ; mais on peut à toute époque se prévaloir de ce qu'un acte juridique n'a pas d'existence aux yeux de la loi. C'est l'application des principes généraux (1).

Si la reconnaissance est nulle, il faut faire une nouvelle distinction. La reconnaissance est attaquée comme n'étant pas sincère : c'est le cas de l'article 339. Cette action est-elle prescriptible? On s'accorde à dire qu'elle est imprescriptible. Nous croyons aussi qu'il n'y a pas lieu à prescription. Mais quel est le vrai motif de décider? On répond qu'il s'agit d'une question d'état et que les actions concernant l'état sont imprescriptibles (2). Cela nous paraît trop absolu; il en résulterait que toute action en nullité d'une reconnaissance est imprescriptible, car toute action pareille soulève une question d'état, c'est une vraie contestation d'état fondée sur la nullité de l'acte de reconnaissance. Il y a un autre motif : c'est que ceux qui agissent en vertu de l'article 339 soutiennent, en réalité, que la reconnaissance est inexistante. En effet, si elle n'est pas sincère, comme ils le prétendent, elle aura été faite par une autre personne que par le père ou par la mère; or, une pareille

(1) Voyez le tome I[er] de mes *Principes*, p. 106, n° 71.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 428, n° 452.

reconnaissance est inexistante (n° 59), et l'inexistence d'un fait juridique ne se couvre jamais par la prescription.

Il ne peut donc s'agir de prescription que lorsque la reconnaissance existe, mais qu'elle est entachée de nullité. Dans notre opinion, il n'y a que deux cas de nullité, les vices du consentement et l'incapacité. La question se réduit donc à savoir si l'action en nullité fondée sur l'incapacité ou sur un vice de consentement se prescrit. Toute action se prescrit; il y a exception pour les actions en réclamation ou en contestation d'état. L'action par laquelle celui qui attaque la reconnaissance en se fondant sur son incapacité est-elle une action en contestation d'état? Non, car il ne soutient pas que l'enfant n'a point d'état, il prétend seulement que lui était incapable de le reconnaître. De même, celui qui a reconnu un enfant par erreur, dol ou violence, ne nie pas l'état de l'enfant; il se borne à demander que l'acte en vertu duquel cet enfant est reconnu comme le sien, soit annulé ou rescindé. L'action n'ayant pas pour objet direct de contester l'état de l'enfant, il s'ensuit qu'elle est soumise à la prescription.

A quelle prescription? A la prescription générale de trente ans, puisque la loi n'y fait pas exception pour la reconnaissance. On prétend qu'il y a une exception dans le cas où la nullité est fondée sur un vice de consentement, l'article 1304 limitant à dix ans toute action en nullité d'une convention. Cela est inadmissible. L'article 1304 consacre une exception, donc il est de stricte interprétation; or, le texte et l'esprit de la loi limitent cette prescription exceptionnelle au cas de nullité d'une convention, et la reconnaissance n'est pas une convention. Cela est décisif. Il y a sans doute même motif de décider; mais l'analogie ne suffit pas pour étendre des dispositions exceptionnelles, le législateur seul pouvant créer des exceptions. Notre conclusion est que l'action en nullité de la reconnaissance reste sous l'empire des principes généraux (1).

71. L'acte de reconnaissance peut être confirmé taci-

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 61 et note 24. En sens contraire, Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 522 et 523.

tement. Si l'on admet la prescription de l'article 1304, laquelle se fonde sur la confirmation tacite, il faut, à plus forte raison, admettre la confirmation expresse. Si l'on admet la prescription de trente ans, il n'y a pas de doute. Que l'on n'objecte pas que confirmer, c'est renoncer, et que la renonciation au droit de contester l'état est nulle, puisque l'état n'est pas dans le commerce. Nous avons d'avance répondu à l'objection. L'état n'est pas l'objet de la renonciation, c'est uniquement le vice qui infecte la reconnaissance, vice personnel à celui qui l'a faite. Il était mineur; devenu majeur, il peut confirmer. Il avait reconnu sous l'influence du dol ou de la violence; il peut renoncer à se prévaloir de ces vices, qui ne concernent que la manifestation de son consentement. Pour les vices du consentement, la question n'a guère d'utilité pratique. Ils impliquent, comme nous l'avons dit, que la reconnaissance n'est pas conforme à la vérité. Supposez qu'il y ait eu erreur dans l'enfant reconnu, ce vice peut-il disparaître par une confirmation? Non, car le père aurait beau confirmer la reconnaissance de l'enfant qui ne lui appartient pas, cet enfant lui restera toujours étranger, et il pourrait, malgré sa renonciation, contester l'état de l'enfant. Ce serait le cas d'appliquer l'article 339 que nous allons examiner.

Nº 3. DES CAS OU LA RECONNAISSANCE N'EST PAS SINCÈRE.

72. L'article 339 porte que toute reconnaissance de la part du père ou de la mère pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. Cette disposition a été introduite dans le code civil par un amendement que Portalis proposa lors de la discussion du projet de code au conseil d'Etat. On agitait la question de savoir si la reconnaissance du père était valable sans l'aveu de la mère; on disait que cette reconnaissance pouvait ne pas être l'expression de la vérité. Régnier répondit que la reconnaissance du *prétendu* père ne pouvait nuire au *véritable* état de l'enfant. Il faut aller plus loin, dit Portalis, et décider que toute personne intéressée peut contester la reconnais-

sance du père, parce qu'elle n'est pas une preuve de l'état de l'enfant (1). On étendit ensuite ce principe à la reconnaissance faite par la mère, qui peut aussi parfois être frauduleuse. Ainsi dans la pensée de Portalis et du conseil d'Etat, l'article 339 n'avait qu'un seul objet, c'était d'empêcher qu'une fausse reconnaissance ne nuisît aux enfants ou à la famille. Cette disposition est donc étrangère à l'action en nullité de la reconnaissance. Cela résulte aussi des principes. Quand la reconnaissance n'est pas sincère, elle est par cela même inexistante. Donc l'article 339 prévoit un cas où la reconnaissance n'existe pas aux yeux de la loi; et il est de principe que toute personne peut se prévaloir de la non-existence d'un fait juridique. L'article 339 est donc l'application des principes qui régissent les actes inexistants. Dès lors il est impossible qu'il s'applique aux actes nuls : ce serait confondre dans une même disposition des faits d'une nature essentiellement différente. Cependant Duveyrier dit qu'il y a lieu d'appliquer l'article 339, quand la forme de l'acte n'est pas authentique ou qu'elle est irrégulière (2). Cette interprétation ne tient aucun compte de l'esprit de la loi, et elle confond la reconnaissance nulle avec la reconnaissance inexistante; il faut donc la rejeter sans hésiter. Le principe est important; nous allons voir les conséquences qui en dérivent.

73. Le code dit que toute reconnaissance pourra être *contestée*. Nous avons rencontré la même expression dans l'article 315, aux termes duquel la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être *contestée*. Dans ce dernier cas, la contestation est une simple dénégation, c'est-à-dire qu'il suffit de la contestation pour que l'enfant soit rejeté de la famille et déclaré illégitime. Est-ce que tel est aussi le sens du mot *contester* dans l'article 339? On pourrait le croire d'après les paroles de Portalis que nous venons de rapporter. Il dit que la reconnaissance du père ne fait pas preuve de la

(1) Séance du conseil d'Etat du 26 brumaire an x, nos 14 et 15 (Locré, t. III, p. 59, 61 et 62).
(2) Duveyrier, Discours, no 49 (Locré, t. III, p. 139).

filiation naturelle; donc, dira-t-on, il suffit de la dénier. Mais le code ne dit pas ce que dit Portalis. D'abord il met la reconnaissance du père sur la même ligne que celle de la mère; or, dans la pensée des auteurs de la loi, celle-ci faisait preuve, donc l'autre fait aussi preuve, seulement cette preuve n'est pas absolue; comme la reconnaissance peut ne pas être sincère, on permet à toute personne intéressée de la combattre. Ce qui veut dire que la preuve résultant de la reconnaissance peut être combattue par la preuve contraire. Il faut donc que celui qui conteste prouve, il ne suffit pas qu'il dénie. On ne peut pas se prévaloir de l'article 315 pour expliquer l'article 339, car il n'y a aucune analogie entre les deux dispositions. L'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage est illégitime par la date même de sa naissance; il n'y a donc rien à prouver. Tandis que la reconnaissance est un aveu, partant une preuve : et une preuve ne peut pas être combattue par une simple dénégation. De là suit que celui qui conteste la reconnaissance doit prouver qu'elle n'est pas sincère. Il n'y a aucun doute sur ce point (1).

74. La contestation de la reconnaissance suppose que l'acte a été fait par celui qui avait le droit de reconnaître l'enfant, en ce sens qu'elle est faite par celui qui s'en déclare le père ou la mère; on suppose encore que le consentement n'est pas vicié et que les formes prescrites par la loi ont été observées. Ainsi la contestation n'est pas une action en nullité; celui qui conteste soutient que la reconnaissance n'est pas sincère, c'est-à-dire qu'elle est frauduleuse, que celui qui a reconnu l'enfant n'en est pas le père ni la mère. Si cette preuve est faite, il en résultera que la reconnaissance est inexistante, c'est-à-dire qu'elle n'aura jamais existé aux yeux de la loi, et que partant elle ne peut produire aucun effet.

La preuve peut se faire par tous les moyens admis par la loi pour établir un fait. Comme il s'agit de faits matériels qui par eux-mêmes n'engendrent ni droits ni obligations, la preuve en peut être faite par témoins, donc aussi

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 421, n° 440.

par présomptions abandonnées à la prudence du magistrat. Nous en avons vu un exemple. Un enfant est reconnu et légitimé, et il se trouve que le prétendu père était impubère lors de la conception et ne connaissait pas même le nom de la mère (1). Il pourrait se présenter, dans cette hypothèse, des difficultés de droit. Pour déterminer la puberté, aura-t-on égard à l'âge que la loi détermine pour pouvoir contracter mariage? La négative est évidente, il n'y a aucune analogie entre les deux hypothèses. Donc la puberté sera une question de fait que le juge décidera sur le rapport des gens de l'art. Nous croyons qu'il en est de même de l'époque de la conception. Le code établit des présomptions sur cette matière, au chapitre de la Filiation légitime (art. 312 et 314). Ces présomptions sont-elles applicables à la filiation naturelle? Il est de principe que les présomptions sont de stricte interprétation; on ne peut jamais les étendre; œuvre du législateur, elles doivent être circonscrites dans les limites que la loi établit. Le code a admis des présomptions en faveur de la filiation légitime; dès lors on ne peut pas les étendre à la filiation illégitime que le législateur est loin de favoriser.

75. Qui peut contester la reconnaissance? Tous ceux qui y ont intérêt, dit l'article 339. C'est une différence importante entre la contestation et l'action en nullité. Elle est fondée en droit et en raison. En droit, la reconnaissance est inexistante quand elle est faite par celui qui n'était pas le père; or, toute personne intéressée peut se prévaloir de la non-existence d'un fait juridique. En raison, personne ne peut créer une paternité qui n'existe pas, sauf par voie d'adoption et en remplissant les conditions et les formes rigoureuses prescrites par la loi; donc si la reconnaissance est fausse, elle ne peut produire aucun effet au préjudice de personne, et par suite toute personne peut la repousser quand on la lui oppose, ou l'attaquer quand elle y a intérêt.

76. L'enfant reconnu est le premier intéressé à repousser une filiation qui ne serait pas la sienne; quand même

(1) Arrêt de Douai du 6 juin 1851 (Dalloz, 1852, 2, 221).

il ignorerait sa vraie filiation, il peut néanmoins avoir intérêt à répudier une filiation mensongère (1). Il en est ainsi alors même qu'il aurait été légitimé par le mariage de ses prétendus père et mère. Nous reviendrons sur ce point.

77. La mère qui a reconnu son enfant peut contester la reconnaissance du père, et réciproquement le père peut contester celle de la mère. L'un et l'autre sont parties intéressées dans le sens de l'article 339, bien que, au moment où ils agissent, ils n'aient aucun droit pécuniaire à faire valoir. Il s'agit d'une question de filiation qui est morale de son essence; donc par *intérêt,* l'article 339 doit entendre un intérêt moral, et cet intérêt est évident pour le père comme pour la mère. La loi les met sur la même ligne; le projet de code attachait plus de foi à l'aveu de la mère qu'à celui du père, il allait jusqu'à déclarer nulle la reconnaissance que ferait le père sans l'aveu de la mère; mais ce principe n'a pas passé dans le code; quand donc il s'élève un débat entre le père et la mère, les tribunaux décident la question en fait, d'après les preuves administrées par les parties; ils peuvent, à la rigueur, maintenir la reconnaissance du père en déclarant mensongère celle de la mère.

Un cas très-singulier s'est présenté plus d'une fois : un enfant est reconnu par plusieurs personnes qui chacune se disent le père de l'enfant. Si le débat s'engageait entre l'enfant et ceux qui l'ont reconnu, on pourrait soutenir que c'est à lui à choisir entre les filiations que lui attribuent les deux actes de reconnaissance. Nous avons, dans une question analogue, émis l'opinion que le choix appartient à l'enfant : c'est quand il y a confusion de part (2). Toutefois nous ne croyons pas que, dans l'espèce, le choix de l'enfant soit décisif. Lorsque la veuve se remarie et qu'elle accouche dans les dix mois depuis la dissolution du premier mariage et après six mois depuis la célébration du second, l'enfant a pour lui deux présomptions, à la vérité contradictoires, mais chacune absolue. S'il

(1) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Paternité,* n° 582.
(2) Voyez le tome III de mes *Principes,* p. 479, n° 388.

choisit l'une, il est dans son droit, puisqu'il invoque la loi, et on ne peut pas contester son choix, puisque la loi n'admet pas la preuve contraire aux présomptions de légitimité qu'elle établit. Il n'en est pas de même de deux reconnaissances contraires ; car la reconnaissance ne forme pas une présomption légale, elle peut être combattue par toute preuve; ainsi la reconnaissance que l'enfant choisirait pourrait aussi être contestée, en vertu de l'article 339. C'est donc toujours le tribunal qui est appelé à décider d'après les circonstances.

Il en serait ainsi alors même que la mère avouerait l'une des deux paternités qui sont l'objet du débat. Il est vrai, comme nous venons de le rappeler, que lors de la discussion du projet de code civil au conseil d'Etat, on considérait l'aveu de la mère comme décisif. Heureusement que cette opinion n'a pas été formulée en article de loi. L'aveu de la mère ne peut-il pas être mensonger? ne peut-il pas être dicté par la haine? Cambacérès le supposait et sa supposition s'est réalisée (1). Deux enfants naturels sont inscrits sous le nom de leur mère. Ils sont reconnus par la mère et par un individu qui jusqu'alors était resté étranger et à la mère et aux enfants; la reconnaissance est suivie de légitimation. Avant le mariage, le véritable père avait reconnu les deux enfants. Un débat s'engage sur ce conflit. La mère oppose d'abord son désaveu à la seconde reconnaissance, et prétend qu'il est décisif. Puis elle repousse la seconde paternité par une fin de non-recevoir, en soutenant que celui de qui elle émane n'a pas intérêt à contester la première reconnaissance suivie de légitimation. Enfin, elle prétend que l'action du second père est une recherche de paternité prohibée par le code Napoléon. Toutes ces prétentions furent repoussées par la cour de Paris et par la cour de cassation. Les fins de non-recevoir n'étaient pas sérieuses. Celui qui reconnaît un enfant déjà reconnu par d'autres personnes est certes intéressé à défendre la reconnaissance qu'il fait; il faut

(1) Séance du conseil d'Etat du 29 fructidor an x, n° 21 (Locré, t. III, p. 73).

donc qu'il soit admis à prouver que la première n'est pas sincère. Est-ce une recherche de paternité? Loin que l'on aille à la recherche d'un père, a répondu la cour de Paris, il s'en présente deux; et il faut bien que la justice décide qui est le véritable. La vraie paternité n'était pas douteuse; c'était celle du second père : il avait vécu dans la plus étroite intimité avec la mère et pour ainsi dire sous le même toit; les enfants avaient été élevés chez lui, sous ses yeux, par ses soins, à ses frais, objet constant de ses affections, de sa sollicitude, de sa tendresse la plus vive; la correspondance même de la mère ainsi que toute sa conduite attestaient cette paternité. La première était donc l'œuvre de la fraude; le prétendu père, étranger à la mère et aux enfants, dit l'arrêt, avait eu le tort de se faire complice des sentiments haineux et indignes qui avaient porté la mère à imaginer une paternité mensongère (1).

78. Celui qui a reconnu l'enfant peut-il contester sa propre reconnaissance? On suppose qu'il est capable de reconnaître, que son consentement n'est pas vicié, que l'acte est valable en la forme; mais celui qui l'a souscrit prétend que pour des motifs quelconques il a reconnu un enfant qui ne lui appartenait pas. Est-il admis à contester son aveu? Au premier abord, on est tenté de répondre négativement. Le texte même semble repousser le père ou la mère qui voudrait revenir sur son aveu. L'article 339 dit que toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. Quand c'est l'enfant qui réclame, il est certain que la contestation est dirigée contre le père. Quand le père reconnaît, c'est aussi contre sa reconnaissance que la contestation est dirigée. Donc le père qui reconnaît ne peut contester. On peut aussi invoquer l'esprit de la loi. La reconnaissance est un aveu; l'aveu, par sa nature, fait pleine foi, et celui qui l'a fait ne peut le révoquer. Ces principes reçoivent leur application en matière de filiation : la loi

(1) Arrêts de Paris du 23 décembre 1844 et de la cour de cassation du 10 février 1847 (Dalloz, 1847, 2, 49). Comparez Duranton, t. III, n° 262, et Demolombe, t. V, n° 444.

elle-même les applique dans l'article 314, en ne permettant pas au mari de désavouer l'enfant qu'il a tacitement reconnu comme sien. Dans l'espèce, il y a reconnaissance expresse. Conçoit-on que celui qui librement a reconnu un enfant, vienne prétendre ensuite que sa reconnaissance est mensongère? qu'il vienne désavouer l'enfant qu'il a avoué? détruire l'état de l'enfant après qu'il l'a reconnu par un acte authentique? C'est l'avis de M. Demolombe et il y a un arrêt en faveur de cette opinion (1).

Zachariæ enseigne comme une opinion certaine que l'auteur de la reconnaissance peut la contester en prouvant qu'elle est contraire à la vérité, et la jurisprudence paraît se prononcer en faveur de cette doctrine (2). Nous croyons qu'elle est fondée sur les vrais principes. L'état est d'ordre public, il ne dépend pas de la volonté arbitraire des particuliers de le créer ou de le détruire. Quand le père reconnaît un enfant naturel, ce n'est pas sa reconnaissance qui crée l'état de l'enfant, il ne fait que constater, dans la forme authentique, le fait de sa paternité. L'enfant acquiert son état par la naissance, mais aussi il ne peut l'acquérir que par la procréation. Si par faiblesse, par séduction, par un honteux calcul, celui qui n'était pas le père a reconnu un enfant qui ne lui appartient pas, il n'y a pas de paternité, et comment sans paternité y aurait-il une filiation, un état? La mensonge ne peut pas créer d'état. Vainement objecte-t-on qu'en matière de filiation légitime, le mari qui épouse sciemment une femme enceinte d'un autre ne peut plus le désavouer. Voilà bien le mensonge, dira-t-on, qui crée une filiation légitime; pourquoi l'aveu, bien que non sincère, ne pourrait-il pas donner un état à l'enfant naturel? Nous répondons que la loi admet plus d'une de ces fictions en faveur de la légitimité, mais on ne peut les étendre à la filiation illégitime. Ce sont des exceptions aux vrais principes et, comme telles, de stricte interprétation. Reste la difficulté de texte; elle disparaît quand on se rappelle le principe d'où est

(1) Demolombe, t. V, p. 416, n° 437. Arrêt de Limoges du 7 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 144).
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 61, note 22.

parti le législateur. La reconnaissance, dit Portalis, n'est pas une preuve; si elle n'est pas une preuve contre les tiers, elle ne peut pas davantage être une preuve contre celui de qui elle émane. Est-ce à dire qu'il ait la faculté de révoquer arbitrairement un aveu, et que l'état de l'enfant dépende de son caprice? Non, contester n'est pas révoquer. Il faut que l'auteur de la reconnaissance prouve que l'enfant ne lui appartient pas. Dira-t-on que cette preuve est impossible? Nous allons citer un arrêt qui a admis la contestation du père: c'est la réponse péremptoire à l'objection. Le prétendu père n'avait fait la connaissance de la mère que sept mois après la naissance de l'enfant; c'est ce que la mère elle-même avoua; la mère avoua encore qu'il n'était pas le père. Et comment l'aurait-il été? A l'époque de la conception, il était pensionnaire au collége d'Henri IV, il ne pouvait sortir seul; ses vacances, il les passait à la maison de campagne de ses parents, loin de la mère. Quels étaient les motifs qui avaient porté le jeune homme à reconnaître un enfant qu'il savait n'être pas le sien? Une aveugle passion : il était tellement dominé par la femme qui lui vendait ses complaisances, qu'il faisait auprès d'elle fonction de domestique, allant acheter les œufs et les légumes au marché. La reconnaissance était un mensonge évident. Fallait-il que la justice donnât son autorité à un acte qui n'était au fond qu'une honteuse liaison (1)? Ce serait, dit la cour de Lyon dans des circonstances analogues, une fraude à la loi, une atteinte à l'ordre social (2).

79. La question que nous venons de discuter n'est pas sans difficulté. C'est sans doute pour cette raison que l'on voit le père de celui qui avait reconnu l'enfant attaquer la reconnaissance, soit par action directe, soit en intervenant dans le procès intenté par le prétendu père. A-t-il qualité pour contester? La réponse est écrite dans l'article 339 : tous ceux qui ont intérêt peuvent contester la reconnaissance. Dira-t-on que le père est sans intérêt,

(1) Paris, 14 (ou 28) décembre 1833 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 581).
(2) Lyon, 13 mars 1856 (Dalloz, 1856, 2, 232). Comparez les motifs d'un arrêt de Paris du 23 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 269).

puisque la reconnaissance n'a aucun effet à son égard? La cour de Lyon répond qu'il a un intérêt moral à contester une reconnaissance mensongère, puisque l'enfant portera son nom, sans autre titre que le mensonge; qu'il y a un intérêt pécuniaire éventuel, d'abord parce qu'une partie de sa fortune passerait à cet enfant, ensuite parce que les aliments qu'il serait dans le cas de fournir à son fils s'augmenteraient dans la proportion des besoins de celui-ci, si la reconnaissance était maintenue (1). Contre cet intérêt éventuel, on pourrait objecter que l'intérêt doit être né et actuel pour que l'on ait le droit d'agir; mais l'intérêt moral suffit, et cet intérêt est né et actuel. Cela décide la question.

80. Les héritiers de celui qui a reconnu l'enfant peuvent-ils contester la reconnaissance? Dans l'opinion que nous venons d'enseigner sur le droit qui appartient à l'auteur de la reconnaissance, la question n'est pas douteuse; ils exercent l'action comme successeurs du défunt. Dans l'opinion contraire, on pourrait objecter que les héritiers ne sauraient agir alors que leur auteur ne le peut pas. L'article 339 répond à l'objection; il donne l'action à tous ceux qui ont intérêt. Donc les héritiers tiennent leur droit de la loi. C'est l'opinion de tous les auteurs (2).

81. Ceux qui contestent doivent prouver le fondement de leur contestation, c'est-à-dire la non-sincérité de la reconnaissance. Vainement dirait-on, en s'appuyant sur les paroles de Portalis, que la reconnaissance n'est pas une preuve, que ce n'est qu'une simple affirmation, et que cette affirmation tombe devant une affirmation contraire. Ce serait donner aux paroles de Portalis une portée qu'elles n'ont pas. La reconnaissance fait preuve de la filiation naturelle, comme l'acte de naissance fait preuve de la filiation légitime. Mais elle ne fait foi que jusqu'à preuve contraire. La contestation est donc une preuve contraire, et c'est naturellement à celui qui conteste à faire cette preuve. Il n'y a aucun doute sur ce point (3).

(1) Arrêts précités du 13 mars 1856 et du 23 juillet 1853.
(2) Voyez les auteurs cités dans Zachariæ, t. IV, p. 61, note 23.
(3) Voyez la doctrine et la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 581.

Qu'est-ce que le demandeur en contestation doit prouver? Il doit prouver que celui qui a reconnu l'enfant n'est pas le vrai père ou la vraie mère. Serait-il admis à prouver quelle est la vraie filiation? Merlin semble décider la question négativement et en termes absolus (1). Nous croyons qu'il faut distinguer; si l'on prétend que la vraie filiation est une filiation naturelle ou que c'est une filiation légitime. Dans le premier cas, on applique les principes qui régissent la recherche de la paternité et de la maternité. Si l'enfant conteste la reconnaissance de son prétendu père, il ne sera pas admis à rechercher son vrai père, parce que la recherche de la paternité est interdite; mais s'il conteste la reconnaissance faite par sa prétendue mère, il sera reçu à rechercher sa vraie filiation maternelle, bien entendu sous les conditions déterminées par la loi, c'est-à-dire que l'enfant ne sera admis à la preuve testimoniale de sa filiation que s'il a un commencement de preuve par écrit (art. 341). Il ne faut donc pas confondre l'action en contestation de l'article 339 avec l'action en recherche de l'article 341. La première n'est soumise à aucune condition spéciale; la preuve testimoniale est admise sans qu'il y ait un commencement de preuve, et par suite les présomptions (2). Mais si l'enfant, après avoir contesté la reconnaissance, veut rechercher sa mère, il devra avoir un commencement de preuve par écrit. Il n'y a aucun doute sur tous ces points; seulement il faut ajouter cette réserve, que l'enfant ne serait pas admis à rechercher sa mère, si cette recherche devait aboutir à une filiation adultérine. C'est ce que dit Duveyrier dans le passage de son discours cité par Merlin, et cela est évident, puisque l'article 342 dit que l'enfant ne sera *jamais* admis à la recherche d'une maternité adultérine ou incestueuse.

Il peut même arriver que l'objet direct de la demande soit une réclamation de filiation légitime, et que la contestation de la reconnaissance ne soit faite qu'incidemment. Le cas s'est présenté devant la cour de cassation.

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Paternité*, § I (t. XI, p. 198, 199).
(2) Paris, 21 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 584, 1°).

Un enfant est inscrit sous des noms supposés, puis reconnu par son prétendu père. Après cela deux époux intentent une action par laquelle ils réclament l'enfant comme leur appartenant. On leur oppose la reconnaissance; ils la contestent et prouvent qu'elle est mensongère; la reconnaissance tombant, restait à prouver la filiation légitime. Comme l'enfant était inscrit sous de faux noms, la preuve de la filiation pouvait se faire par témoins, mais sous la condition prescrite par l'article 323, d'un commencement de preuve (1).

82. On demande si l'enfant dont la reconnaissance est contestée doit être représenté dans l'instance par un tuteur *ad hoc?* L'article 318 veut qu'il soit nommé un tuteur *ad hoc* à l'enfant, quand le père intente une action en désaveu. Dans la pratique, on nomme aussi un tuteur à l'enfant naturel, quand la reconnaissance est contestée (2). Mais la question est de savoir si la nomination d'un tuteur *ad hoc* est obligatoire. La cour de cassation a décidé la négative et cela est évident (3). Peut-il être question d'une obligation légale sans loi? L'enfant naturel sera représenté par son père ou sa mère, qui sont aussi intéressés que lui à maintenir la reconnaissance. Si c'est le père qui conteste, l'enfant trouvera un défenseur dans sa mère. Il est donc inutile de lui nommer un tuteur spécial.

83. L'action en contestation de la reconnaissance est-elle prescriptible? Elle tend à contester l'état de l'enfant; or, l'état de l'enfant naturel pas plus que l'état de l'enfant légitime ne peut s'acquérir par prescription, car l'état est hors du commerce. Cela est aussi fondé en raison. Nous avons rapporté plusieurs espèces dans lesquelles la reconnaissance a été contestée et annulée. Celui qui réellement n'est pas le père de l'enfant, le deviendra-t-il après un laps de trente ans? Cela est absurde. Il va sans dire que les droits d'hérédité attachés à la filiation naturelle sont prescriptibles. L'enfant naturel peut donc acquérir ces droits par la prescription; et il conservera les droits par

(1) Arrêt de la cour de cassation du 27 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 296).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 10 février 1847 (Dalloz, 1847, 1, 49).
(3) Arrê tde la cour de cassation du 27 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 196).

lui recueillis, alors même que la reconnaissance serait contestée et déclarée nulle.

§ V. *Effets de la reconnaissance.*

84. La reconnaissance est déclarative et non attributive de filiation. Ce principe nous paraît évident. Celui qui reconnaît fait un aveu, et quel est l'objet de cet aveu? Il constate que l'enfant est né de tel homme ou de telle femme ; il prouve donc que l'enfant naturel a une filiation. Cette filiation date naturellement du jour de la naissance; donc l'état de l'enfant remonte aussi à ce jour. Vainement dit-on que l'enfant n'a pas d'état, que c'est l'acte de reconnaissance qui le lui donne et que par conséquent il n'existe qu'à partir de cet acte. L'enfant naturel a un état par cela seul qu'il a un père et une mère, tout comme l'enfant légitime. La seule différence qui existe entre eux est que l'état de l'enfant légitime s'établit par l'acte de naissance, tandis que l'état de l'enfant naturel se prouve par la reconnaissance. Le mode de preuve ne change rien à la nature de l'état.

De ce que la reconnaissance rétroagit au jour de la naissance, faut-il conclure que les actes juridiques légalement faits par l'enfant avant sa reconnaissance pourront être attaqués? Non, car il est de principe que les actes conformes à la loi sont valables et doivent par conséquent être maintenus; or, c'est au moment où l'acte se passe que les conditions requises pour sa validité doivent exister; ce qui arrive postérieurement ne peut pas influer sur leur validité. On suppose qu'un enfant naturel non reconnu contracte mariage avec une personne qui est sa parente ou son alliée au degré établi par la loi (art. 161 et 162). Au moment où le mariage se célèbre, la parenté ou l'alliance n'existe pas, légalement parlant, puisqu'il n'y a pas de reconnaissance. La reconnaissance faite postérieurement deviendra-t-elle une cause de nullité? Il y a un motif de douter, c'est que la reconnaissance étant déclarative de filiation remonte au jour de la naissance; le motif de dé-

cider est que ce principe reçoit une restriction quant aux actes faits en vertu de la loi (1).

La reconnaissance porte-t-elle atteinte aux droits acquis? On suppose qu'elle est faite après le décès de l'enfant, alors que sa succession est déjà partagée. Le père ou la mère pourront-ils agir en pétition d'hérédité? Nous croyons que les père et mère pourront réclamer les droits héréditaires que la loi leur accorde, parce que, en réalité, il n'y a pas de droit acquis; le partage ne donne aucun droit à ceux qui y sont parties, il ne fait que liquider des droits préexistants; c'est donc au moment du décès qu'il faut remonter pour savoir quels sont les vrais héritiers. Or, la reconnaissance rétroagissant, il en résulte que les père et mère sont appelés à la succession. Il y a un arrêt en sens contraire; la cour part du principe que la reconnaissance est attributive de filiation, au moins à l'égard du père (2). La distinction que cet arrêt implique est tout à fait arbitraire; comment un seul et même fait juridique peut-il être attributif à l'égard du père et déclaratif à l'égard de la mère (3)? Zachariæ propose une autre distinction qui nous paraît également inadmissible: la reconnaissance par jugement, d'après lui, quoique faite après le partage, donnerait au père le droit de réclamer la succession de l'enfant, tandis qu'il ne le pourrait pas en vertu d'une reconnaissance volontaire (4). La reconnaissance a les mêmes effets, de quelque manière qu'elle soit constatée; elle ne crée jamais un état, elle ne fait que le déclarer. Il est vrai que la reconnaissance volontaire dépend de la volonté de celui qui la fait, et on pourrait dire que personne ne peut se créer un titre à soi-même. Mais l'objection porte à faux; elle suppose que c'est la reconnaissance qui donne le droit à l'hérédité, tandis que c'est le lien du sang révélé par la reconnaissance. Dira-t-on que

(1) Voyez, en sens contraire, Zachariæ, t. IV, p. 66, note 16.
(2) Paris, 25 mai 1835 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 509, p. 327).
(3) Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 444 et 445. Favard, *Répertoire*, au mot *Reconnaissance d'enfant naturel*, section I, § 2, n° 5. Malpel, *Traité des successions*, n° 165.
(4) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 66, note 17.

la reconnaissance peut être une spéculation? L'article 339 répond que les héritiers pourront la contester.

85. La reconnaissance est irrévocable, en ce sens qu'elle ne peut être révoquée arbitrairement par celui qui l'a consentie. Ce principe, consacré par la cour de cassation (1), résulte de la nature même de la reconnaissance. C'est l'aveu d'un fait, de la paternité ou de la maternité; l'aveu constate la filiation de l'enfant et assure son état; il est donc irrévocable de son essence, tout comme la déclaration qu'un père ferait de la naissance de son enfant. Nous trouvons une application remarquable de ce principe dans un arrêt de la cour de Grenoble. Un enfant est reconnu par contrat de mariage dans le but de le légitimer. Le mariage projeté n'a pas lieu; par suite, le contrat de mariage devient caduc. Néanmoins la reconnaissance subsiste. Si les conventions matrimoniales tombent, c'est qu'elles sont essentiellement conditionnelles; il ne peut pas y avoir de contrat de mariage sans mariage. Mais la reconnaissance de l'enfant est indépendante du mariage, elle n'est pas conditionnelle, et l'on ne conçoit pas même qu'elle se fasse sous condition : c'est donc l'aveu pur et simple d'un fait, et cet aveu, une fois fait, ne peut plus être rétracté (2).

Que faut-il décider si la reconnaissance est faite par testament? La question est controversée et elle est douteuse. Nous croyons que dans ce cas la reconnaissance est révocable, et qu'elle sera révoquée par cela seul que le testament sera révoqué. Le testament est révocable de son essence, ce qui veut dire que toutes les dispositions, toutes les déclarations du testateur ne sont encore qu'un projet au moment où l'acte se passe; elles n'existent réellement que lors de sa mort. Vainement dit-on qu'il faut faire pour le testament une distinction analogue à celle que nous avons faite pour le contrat de mariage, c'est-à-dire qu'il faut distinguer les clauses qui concernent les biens de celle qui contient un aveu. Il y a une différence

(1) Arrêt du 27 août 1811, rendu sur les conclusions de Daniels (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 565).
(2) Grenoble, 6 août 1861 (Dalloz, 1861, 2, 207).

essentielle entre les deux actes. Dans le contrat de mariage, les parties contractantes manifestent leur volonté d'une manière définitive, mais sous condition; si la reconnaissance pouvait être conditionnelle, elle serait caduque, comme toutes les clauses du contrat, au cas où le mariage ne serait pas célébré; si donc la reconnaissance est maintenue, c'est qu'elle ne peut pas être faite sous condition; elle est pure et simple, et en ce sens irrévocable. Quant au testament, il est révocable parce que les dispositions qu'il renferme sont à encore l'état de projet : le testateur peut avoir aujourd'hui la volonté de reconnaître son enfant, il peut ne plus avoir cette intention demain; donc une reconnaissance faite par testament n'est qu'un projet, aussi bien que toutes les autres clauses. La révocation du testament prouve que le projet n'est pas devenu une volonté définitive. Cela décide la question (1).

L'opinion contraire est consacrée par la jurisprudence; mais il y a dissentiment entre les cours sur le point de savoir si l'enfant reconnu par testament peut se prévaloir de cette reconnaissance du vivant du testateur. Si la reconnaissance est irrévocable, on doit en conclure que l'enfant peut l'invoquer de suite pour réclamer des aliments. Cela est logique, mais la conséquence témoigne contre le principe. Quoi! la clause d'un testament recevrait son exécution du vivant du testateur! Cette décision renverse tous les principes. Que si l'on recule devant la conséquence qui découle de l'irrévocabilité de la reconnaissance, n'est-ce pas avouer que la reconnaissance n'existe réellement qu'à la mort? Et si elle n'existe pas jusque-là, qu'est-ce qui empêche le testateur de changer de volonté (2)?

86. La reconnaissance constate la filiation naturelle. On demande si elle fait preuve de l'identité de l'enfant reconnu. Il est évident que non. La reconnaissance, de même que l'acte de naissance, prouve qu'un enfant est né de

(1) Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 468 et 469. Merlin, *Répertoire*, au mot *Filiation*, n° 7, et au mot *Testament*, sect. II, § 6, n° 3. Demolombe, t. V, n° 455, p. 430. Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, t. Ier, p. 327, note 34.

(2) Voyez la jurisprudence et la doctrine dans Dalloz, au mot *Paternité*, nos 596 et 597.

telle mère ou de tel père, et ne prouve pas que l'enfant qui réclame le bénéfice de l'acte soit celui qui y est indiqué. Il n'y a aucun doute sur ce point. Mais on demande comment se fera la preuve de l'identité. Il ne faut pas confondre la preuve de l'identité avec celle de la paternité. La filiation paternelle ne peut s'établir que par un acte authentique de reconnaissance, la recherche de la paternité étant interdite. Dans l'espèce, on suppose qu'il y a un acte de reconnaissance, dès lors il n'y a plus à distinguer entre la filiation paternelle et la filiation maternelle, la filiation est constatée; il s'agit seulement de savoir à qui s'applique l'acte de reconnaissance. Ceci est une question de fait, et les faits matériels se prouvent par témoins. On le décide ainsi pour la filiation légitime, lorsqu'il y a un acte de naissance (1); il faut le décider de même quand il y a un acte de reconnaissance d'un enfant naturel; il y a analogie complète.

On soutient cependant que l'esprit de la loi, sinon son texte, exige un commencement de preuve par écrit. La cour de Bordeaux a fait une réponse péremptoire à cette objection, et nous ne comprenons pas que son arrêt ait été critiqué (2); il est fondé sur des principes d'une rigueur mathématique. Quand la loi demande-t-elle un commencement de preuve en matière de filiation soit légitime, soit naturelle? Quand il s'agit de prouver la filiation (articles 323, 341). Est-ce que celui qui veut établir son identité demande à prouver sa filiation? Non, car la filiation est constatée par acte authentique; il s'agit seulement de prouver que le demandeur est l'enfant au profit duquel cet acte a été dressé. C'est là un fait ordinaire qui peut très-bien s'établir par témoins. Pour exiger un commencement de preuve, il faudrait un texte. Conçoit-on que les tribunaux déclarent la preuve testimoniale non recevable sans un texte qui en subordonne l'admission à un commencement de preuve par écrit? Ce serait créer une exception

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 500, nº 399.
(2) Arrêt du 18 février 1846 (Dalloz, 1848, 2, 81). Dalloz (au mot *Paternité*, nº 557) critique l'arrêt. Demolombe l'approuve (tome V, p. 482, nº 484).

par voie d'interprétation; c'est-à-dire que ce serait faire la loi.

87. Il est arrivé que l'on a contesté l'identité du père qui a reconnu l'enfant. Peut-on, en ce cas, prouver par témoins que l'individu qui a figuré à l'acte de reconnaissance est le même que celui auquel l'enfant prétend appartenir? Voici la raison de douter. L'article 340 interdit la recherche de la paternité en termes absolus. Or, dans l'espèce, celui à qui on attribue la paternité de l'enfant la dénie. Demander à prouver, à l'aide d'un acte de reconnaissance, que cet individu est le père de l'enfant reconnu dans l'acte, n'est-ce pas rechercher la paternité? La cour de Lyon a décidé la question négativement, et nous croyons qu'elle a bien jugé (1). Quand la loi interdit la recherche de la paternité, elle suppose qu'il n'y a pas de reconnaissance volontaire. Si l'enfant a un acte de reconnaissance, on ne peut plus dire qu'il fait une recherche de paternité : il y a une paternité avouée dans un acte authentique; il s'agit de savoir qui sont les personnes auxquelles s'applique cet acte. C'est une question d'identité et non de recherche; dès lors l'article 340 n'est pas applicable. La cour de cassation n'a pas été de cet avis; elle a cassé l'arrêt de Lyon, en décidant que la preuve de l'identité était en réalité une recherche de la paternité. Quel est le motif de cette décision? Il n'y en a qu'un seul et il nous paraît d'une faiblesse extrême : la cour de Lyon, dit l'arrêt, n'a pas déclaré la paternité légalement établie par la reconnaissance que l'enfant produisait, puisqu'elle a ordonné une preuve à l'effet d'établir l'identité; c'est autoriser l'enfant à rechercher, en dehors de l'acte de reconnaissance, si celui qu'il réclame comme son père est réellement celui qui l'a reconnu; ce qui implique une recherche de paternité (2). La cour de cassation confond la reconnaissance et l'identité, deux faits essentiellement distincts. Quant à la reconnaissance, elle n'était pas contestée dans l'espèce : c'était un acte de naissance qui présentait quel-

(1) Lyon, 30 août 1848 (Dalloz, 1848, 2, 192).
(2) Arrêt de cassation du 18 juin 1851 (Dalloz, 1851, 1, 177).

ques irrégularités, mais on ne l'attaquait pas de ce chef; on soutenait que celui que l'enfant réclamait comme son père n'était pas celui qui avait comparu devant l'officier de l'état civil. Le débat portait donc sur une question d'identité. Il n'y avait pas de recherche de paternité, car la paternité était authentiquement constatée. Donc la cour de Lyon n'avait pas violé l'article 340.

La cour de Riom, devant laquelle l'affaire fut renvoyée, admit un système nouveau. Elle décida que l'acte de naissance, portant reconnaissance de l'enfant, faisait foi complète de la filiation, et qu'il n'y avait qu'un moyen de l'attaquer, c'était de s'inscrire en faux. Cette décision aussi nous paraît contraire aux principes qui régissent la force probante des actes de l'état civil. L'officier public qui reçoit une reconnaissance constate qu'un individu, portant tels noms, a présenté un enfant qu'il a déclaré être le sien. Qu'est-ce qui est prouvé jusqu'à inscription de faux? L'identité de celui qui figure à l'acte et de celui que l'enfant réclame plus tard comme son père? Impossible. L'acte ne prouve pas même que celui qui a comparu devant l'officier de l'état civil portait réellement les noms qu'il a déclarés; l'officier public n'a ni mission ni moyen de constater la vérité de ces énonciations. Donc l'identité est hors de cause; et la cour de Lyon avait bien jugé qu'elle devait se prouver par témoins.

Il y eut un nouveau pourvoi. La cour de cassation le rejeta, sans approuver le motif de droit allégué par la cour de Riom; elle considéra la question comme jugée en fait. A notre avis, la question reste entière, malgré le premier arrêt de la cour suprême (1). On a essayé de le défendre, en signalant les dangers de la preuve testimoniale (2). Nous croyons qu'il y a ici confusion. Ce n'est pas le fait de paternité qu'il s'agit d'établir, mais le fait d'identité; est-ce que celui qui a comparu tel jour devant l'officier de l'état civil est le même que celui que l'enfant réclame comme son père? C'est un fait ordinaire, dont la preuve

(1) Riom, 14 juillet 1853, rapporté avec l'arrêt de rejet de la cour de cassation du 7 novembre 1855, dans Dalloz, 1855, 1, 462-464.

(2) Allard, *Des preuves de la filiation hors mariage*, p. 93-94.

peut se faire par témoins, avec la même certitude que celle des faits en général.

SECTION III. — De la reconnaissance forcée.

§ Ier. *Recherche de la paternité.*

No 1. PROHIBITION DE LA RECHERCHE.

I. *Principe.*

88. L'article 340 porte : « La recherche de la paternité est interdite. » Cette disposition déroge à un principe de droit naturel. Le père contracte des obligations envers l'enfant auquel il donne le jour; donc l'enfant devrait avoir le droit de rechercher son père pour le forcer à les remplir. Pourquoi la loi lui refuse-t-elle ce droit? Nous l'avons dit (1). Le législateur a craint l'incertitude et le danger de la preuve. Lorsque l'enfant naît du mariage de deux époux, la loi établit la filiation sur des présomptions. Ces présomptions font défaut quand l'enfant est le fruit du concubinage. Il faudrait donc recourir à la preuve directe; cette preuve est presque impossible, alors que le prétendu père ne reconnaît pas lui-même sa paternité. L'ancienne jurisprudence l'admettait; il en résultait des procès scandaleux et des décisions injustes; la mère choisissant trop souvent, parmi les hommes qui l'avaient fréquentée, le plus riche, le plus considéré, afin de lui attribuer une paternité plus que douteuse. C'est une des faces de la question. Il y en a une autre que les auteurs du code ont négligée. Ils pouvaient subordonner la recherche de la paternité à des conditions rigoureuses, comme ils l'ont fait pour la recherche de la maternité ; par là ils auraient donné satisfaction au droit de l'enfant au lieu de le sacrifier. Le scandale ne devait pas les arrêter, car ceux qui s'en plaignent sont d'ordinaire les coupables. On ne re-

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 434, no 362.

cherche jamais la paternité contre les hommes qui ne hantent pas de mauvaises sociétés. Le législateur a encore oublié que s'il y a des femmes déhontées, il y a aussi des séducteurs infâmes : à force de protéger les honnêtes gens, il donne une prime d'encouragement à ceux qui sont sans foi ni loi.

Tous les auteurs remarquent que la prohibition est absolue, et d'après le texte et d'après l'esprit de la loi. Cependant il ne faut pas exagérer la rigueur du code. Ce qu'il a interdit, c'est toute action qui tend à rechercher la filiation paternelle. Donc quand cette filiation est établie par un acte de reconnaissance, il ne peut plus être question de recherche de la paternité, quels que soient les débats qui s'élèvent à l'occasion de cet acte. Deux pères se disputent un enfant, l'un et l'autre l'ayant reconnu. L'action a-t-elle pour objet la recherche de la paternité? Nous avons décidé la question négativement avec la jurisprudence; il ne peut pas être question de rechercher le père là où il y a des actes de reconnaissance (n° 87). L'enfant produit un acte de naissance dans lequel son père l'a reconnu; le défendeur conteste son identité. L'action de l'enfant est-elle une recherche? Ici nous nous sommes écarté de la jurisprudence, toujours par application du principe que nous venons de poser : il ne peut plus s'agir de rechercher la paternité, quand il y a un acte qui la constate.

89. L'article 340 est conçu dans les termes les plus généraux, les plus absolus. Il ne dit pas que l'enfant ne peut rechercher sa filiation paternelle, il interdit la recherche, sans distinguer par qui ni contre qui l'action est intentée. De là suit que la paternité ne peut pas plus être recherchée contre l'enfant que par lui. La question est de savoir si les héritiers sont admis à prouver que le légataire du défunt est son enfant naturel. Ce serait une recherche de la paternité, donc elle est interdite. Voilà ce que répond le texte, et l'esprit de la loi est tout aussi évident. Pourquoi le législateur prohibe-t-il la recherche de la paternité? Parce que la nature, dit Bigot-Préameneu, a couvert d'un voile impénétrable la transmission de notre existence.

Le mariage, ajoute Duveyrier, donne non pas la preuve matérielle, mais, à défaut de cette preuve, la présomption légale de la paternité; lorsque le mariage n'existe pas, il n'y a plus ni signe matériel, ni signe légal. Faut-il demander si la paternité n'est plus couverte d'un voile impénétrable, lorsque ce sont des héritiers qui la recherchent? Y aurait-il alors quelque signe matériel ou légal qui fait défaut à l'enfant? Il faut dire, au contraire, que si la loi défend à l'enfant de rechercher son père, elle doit, à plus forte raison, interdire la recherche de paternité que les héritiers voudraient intenter contre l'enfant. Celui-ci a un droit moral, droit sacré, dont les auteurs du code n'ont tenu aucun compte par des motifs d'ordre public; bien moins encore pouvaient-ils permettre aux héritiers, qui n'ont qu'un intérêt pécuniaire, de rechercher la paternité, au mépris de ces mêmes raisons d'intérêt général.

On fait cependant une objection sérieuse. Un père, dit-on, qui donne à son enfant naturel au delà de ce que lui permet la loi, en ayant soin de ne pas le reconnaître, veut frauder la loi; or, il est de principe que la fraude fait toujours exception, c'est-à-dire qu'on peut toujours l'opposer. Merlin répond que le législateur a prévu lui-même que le père d'un enfant naturel pourrait éluder sa prohibition, et qu'il a préféré souffrir la fraude que d'autoriser la recherche de la paternité. La fraude à la loi est sans doute un mal, et un grand mal quand l'impunité est assurée d'avance à la fraude. Mais la recherche de la paternité est aussi un mal; dans l'ancienne jurisprudence qui l'admettait, elle était régardée comme le fléau de la société; c'est l'expression de Bigot-Préameneu. Le législateur n'est-il pas tous les jours dans le cas de devoir choisir entre deux maux le moindre? C'est ce qu'il a fait en prohibant d'une manière absolue la recherche de la paternité.

Merlin a établi ce principe avec un vrai luxe de science; il est inutile de reproduire les détails de son argumentation. Duranton déjà disait que si la question a pu être d'abord dans le domaine de la controverse, elle en est

sortie depuis longtemps (1). La jurisprudence est d'accord avec la doctrine (2).

II. *Conséquences du principe.*

90. On reproche et non sans raison, au code civil d'avoir encouragé la séduction et par conséquent l'immoralité, en assurant l'impunité aux séducteurs. Il importe, dans l'intérêt de la moralité, de ne pas exagérer la portée ni les conséquences du principe qu'il établit sur la recherche de la paternité. La question est de savoir si l'article 340 s'oppose à ce que la femme séduite demande des dommages-intérêts contre le séducteur, soit de son chef, soit du chef de l'enfant auquel elle a donné le jour. Il y a un premier cas dans lequel l'article 340 est hors de cause, c'est quand la paternité ne fait pas l'objet du débat. La femme réclame des dommages et intérêts du chef de séduction; les relations coupables ne sont pas contestées; la paternité n'est pas réclamée, ou si elle est invoquée au profit des enfants, elle n'est pas combattue; le débat est restreint au fait de séduction. Donne-t-il lieu à une action en vertu des articles 1382 et 1383? La question appartient au titre des Obligations; mais comme elle se lie, dans ses développements, à la recherche de la paternité, il convient de la traiter ici dans son ensemble.

L'article 1382 porte que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la *faute* duquel il est arrivé à le réparer. » Qu'entend-on en cette matière par *faute?* La faute la plus légère suffit pour donner lieu à une réparation. Cela résulte de l'article suivant aux termes duquel chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa *négligence* ou par son *imprudence.* Reste à savoir si ces dispositions sont applicables à la séduction? C'est demander s'il y a faute et dommage causé par la faute. La séduction par elle-même implique une

(1) Merlin, *Questions de droit,* au mot *Paternité,* § I (t. XI, p. 191 et suiv.). Duranton, t. III, p. 228, n° 233.
(2) Dalloz, *Répertoire,* au mot *Paternité,* n° 599.

faute, car elle suppose des manœuvres plus ou moins coupables employées par le séducteur pour tromper la femme qu'il séduit. En effet, séduire, d'après le Dictionnaire de l'Académie, veut dire tromper, abuser, faire tomber en faute, corrompre, débaucher. Si la séduction présente ces caractères, comment nier qu'il y ait faute? Et comment nier qu'il y ait dommage causé? Mais la difficulté est précisément d'apprécier s'il y a vraie séduction. Il y a des séductrices, comme il y a des séducteurs, et bien souvent la séduction est réciproque : c'est dire que la faute est commune, que partant la femme ne peut avoir d'action, car elle ne peut pas faire de sa propre faute le fondement d'une demande en dommages-intérêts (1). La question, en définitive, est une question de fait et non de droit. De là les solutions en apparence contradictoires qu'elle a reçues dans la jurisprudence.

La cour de cassation commença par repousser toute action pour *prétendue séduction*, sans donner d'autres motifs, sinon que la cour d'appel s'était conformée aux dispositions de la loi (2). S'il y avait une cour supérieure à la cour suprême, elle aurait certes réformé une pareille décision pour défaut de motifs. En tout cas, la décision est trop absolue, en ce sens qu'elle semble admettre comme un point de droit que la *prétendue séduction* n'implique aucune faute. En fait, la doctrine de la cour de cassation sera souvent fondée. Il a été jugé que le commerce illégitime qui existe pendant plus de vingt ans entre un homme et une fille ne peut servir de base à aucune action en dommages-intérêts au profit de celle-ci. C'est un fait commun aux deux parties, dit la cour de Caen (3), c'est-à-dire une de ces honteuses liaisons dans lesquelles l'homme cherche les jouissances matérielles et où la fille vend son honneur, en comptant peut-être sur une réparation future, calcul immoral qui trop souvent est le premier pas dans la voie de la débauche.

(1) L. 203, D., *de regulis juris* (L, 17) : « *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* »
(2) Arrêt du 10 mars 1858 (Dalloz, au mot *Responsabilité*, n° 159).
(3) Caen, 6 mars 1850 (Dalloz, 1855, 5, 389, n° 9).

Dans l'ancienne jurisprudence, on accordait une action à la fille abusée contre son séducteur, sur la présomption que sa faute avait été la conséquence d'une promesse de mariage dont elle n'était pas tenue de rapporter la preuve. Il est certain que l'on ne peut plus invoquer une présomption pareille, car il n'y a pas de présomption légale sans loi. Il faut donc que la femme qui se prétend séduite articule des faits de séduction; sinon, sa demande doit être écartée (1). Dès que la séduction, dans le sens vrai du mot, est établie, il y a lieu d'appliquer l'article 1382. C'est ce qui a été décidé par la cour de Dijon dans une espèce remarquable. Une enfant de treize ans fut placée de confiance dans une maison où elle devait trouver toute garantie pour les bonnes mœurs; elle y fut séduite par un jeune homme de vingt-quatre ans, frère de sa maîtresse; l'inégalité d'âge, d'intelligence, de position prouvait que l'enfant n'avait cédé qu'à de coupables manœuvres. Et comme le dit très-bien la cour, s'il y a danger à admettre en principe que toute femme qui se dit séduite a action contre son prétendu séducteur pour réclamer le prix de ses faiblesses et d'un entraînement le plus souvent réciproque, le principe contraire, posé d'une manière absolue, n'aurait pas un moindre danger pour la morale publique et l'honneur des familles (2). C'est donc une question de fait que les tribunaux décident d'après les circonstances.

Dans un procès qui a eu un grand retentissement, on a soutenu que la séduction ne peut jamais être une cause de dommages-intérêts, parce qu'il y a toujours faute de la part des deux parties, de la femme séduite aussi bien que du séducteur. Cela est vrai au point de vue de la morale; car quelles que soient les promesses et les manœuvres de celui qui séduit une femme, celle-ci est néanmoins coupable d'avoir cédé à la séduction. Mais en morale comme en droit, il y a des fautes plus ou moins graves. Il faut donc voir lequel est le plus coupable, en tenant aussi compte de la faute de l'autre. Or, précisément dans le procès qui a

(1) Bastia, 28 août 1854 (Dalloz, 1856, 2, 16).
(2) Dijon, 16 avril 1861 (Dalloz, 1861, 5, 423, n° 24).

été débattu avec tant de passion devant la cour de Caen, tous les torts pour ainsi dire étaient du côté de l'homme. La jeune fille, à peine âgée de quinze ans, portait le pain que son père boulanger fournissait à la famille du séducteur, ainsi que cela se fait dans les petites villes; elle y trouva un homme plus âgé qu'elle de vingt ans, riche, considéré, maire de sa commune; il abusa de la confiance que les parents de l'enfant lui témoignaient, pour la séduire. Ce n'est pas la jeune fille qui alla au-devant de la séduction, elle résista; le séducteur lui-même écrit qu'elle était pure et sans expérience, lui-même appelle sa chute un sublime sacrifice, dans un langage emprunté aux mauvais livres qui pullulent de nos jours. Voilà la première faute qui a engendré toutes les autres. Faut-il demander qui est le coupable? Séduite, mère, elle est entraînée à Paris, non pas dans son intérêt, mais pour éviter le scandale au maire, à l'homme riche, au mari d'une femme abusée, car le séducteur était marié! Ces relations continuent pendant près de vingt ans. Voilà, s'écrient les défenseurs de l'époux adultère et séducteur d'une honnête ouvrière, voilà la preuve que la prétendue victime est complice. Non, dit la cour, les lettres de son séducteur attestent que la malheureuse a voulu plus d'une fois rompre les liens honteux où elle était engagée. Qui l'en empêcha? Celui qui l'avait trompée enfant continua à user de moyens honteux, c'est l'expression de la cour, pour la retenir dans le désordre. Elle n'avait pas de moyens d'existence; en avait-elle besoin? Son riche séducteur ne pourvoyait-il pas à ses nécessités et même à ses caprices? Pour briser ses chaînes, elle aurait dû exercer une profession : elle n'en avait pas et par la faute de qui? La crainte de la misère pour elle et ses six enfants, telle était la chaîne infâme par laquelle le séducteur la retenait dans la voie immorale où lui le premier l'avait entraînée. Dira-t-on encore que les fautes étaient égales? La cour de Caen, par un arrêt sévère mais juste, doubla les dommages-intérêts que le tribunal de première instance avait accordés (1).

(1) Arrêt du 10 juin 1862 (Dalloz, 1862, 2, 129).

Nous aimons à retracer ces détails, afin que les séducteurs en gants jaunes apprennent qu'il y a une justice déjà sur cette terre.

L'homme riche et puissant, flétri par cet arrêt, osa se pourvoir en cassation. Mais devant la cour suprême, il trouva aussi des juges sévères. La cour revint sur sa jurisprudence première. Elle répéta, à la vérité, que la simple séduction ne donne pas lieu à une action, parce qu'on ne saurait y trouver un coupable et une victime; ce qui implique que les deux parties sont également coupables, et alors il est évident qu'il ne peut être question de dommages-intérêts. Donc quand il y a un coupable, la femme a une action contre lui ; et dans l'espèce, il y avait un grand coupable. L'arrêt de la cour de cassation reproduit les termes flétrissants des premiers juges (1). Il est donc maintenant de jurisprudence que la séduction donne lieu à dommages-intérêts quand il y a faute. La faute est évidente quand la séduction a été exercée avec promesse de mariage; il y a plus que faute, il y a dol. Plusieurs cours l'ont jugé ainsi, dans des circonstances plus ou moins odieuses. Il s'est trouvé tel homme faisant métier, pour ainsi dire, de séduire de jeunes filles en leur promettant le mariage, puis venant contester en justice la validité de ses promesses. Le misérable les avait donc faites sachant qu'elles ne le liaient point. Mais qu'importe? On ne demande pas l'exécution de la promesse, on ne l'invoque que pour constater la faute doleuse du séducteur (2). Dans une autre espèce, qui ne se reproduit que trop souvent, une jeune fille avait trouvé la ruine de son honneur dans la maison où elle allait servir comme domestique. La justice doit être inexorable dans sa réprobation de ces coupables manœuvres, parce qu'elles sont une cause incessante d'immoralité (3). Le caractère aggravant de la séduction se présente encore lorsque la jeune fille, encore enfant, est dans le dépendance du séducteur, soit par la position

(1) Arrêt du 26 juillet 1864 (Dalloz, 1864, 1, 347).

(2) Colmar, 31 décembre 1863 et Grenoble, 18 mars 1864 (Dalloz, 1865, 2, 21 et 22).

(3) Grenoble, 18 mars 1864 (Dalloz, 1865, 2, 22) et Rennes, 11 avril 1866 (Dalloz, 1866, 2, 184).

de son père, employé dans une fabrique, soit elle-même ouvrière de fabrique. Ici encore la honteuse exploitation du maître est à craindre, et si l'on en croit l'opinion publique des villes manufacturières, ces craintes ne seraient rien moins que chimériques. La cour de Dijon a frappé le séducteur, sans tenir compte de sa défense, consistant à dire que lui, jeune homme de dix-sept ans, avait été provoqué par une enfant de treize ans (1)!

91. Dans les diverses espèces que nous venons de rapporter, on a parfois objecté à l'action de la mère, qu'elle tendait indirectement à une recherche de paternité, recherche interdite d'une manière absolue par l'article 340. La question est très-délicate. Pour qu'elle puisse être agitée, il faut d'abord que le fait de paternité soit contesté. Mais suffit-il qu'il le soit pour que le juge doive repousser la demande de la mère? Quand la femme séduite demande des dommages-intérêts, ce n'est pas pour le simple fait de séduction, c'est que la séduction a été suivie de grossesse; elle réclame des dommages-intérêts pour elle et au nom de l'enfant qu'elle a mis au monde. Cela suppose que le séducteur est l'auteur de la grossesse et le père de l'enfant. S'il le nie, la femme sera-t-elle admise à faire la preuve de la paternité? Posée en ces termes, la question doit être décidée négativement. Ce serait violer la loi qui interdit la recherche de la paternité. Vainement dirait-on que l'action ne tend pas à donner une filiation aux enfants, que le seul but de la demande est d'obtenir des dommages-intérêts pour la mère; les termes absolus de l'article 340 repoussent cette distinction. La loi n'interdit pas seulement la réclamation d'état faite par l'enfant, elle prohibe la recherche de la paternité, n'importe dans quel but et par qui l'action est intentée. Nous croyons que la mère ne pourrait pas même réclamer de dommages-intérêts pour elle, si elle fondait son action sur sa grossesse et sa maternité; car elle ne peut avoir d'action de ce chef que contre l'auteur de la grossesse, donc sa demande impliquerait une recherche de paternité. Telle est la rigueur

(1) Arrêt du 1er décembre 1868 (Dalloz, 1868, 2, 248).

des principes. La jurisprudence s'en est parfois écartée.

La cour de cassation a jugé à deux reprises que des cours d'appel, en admettant une demande d'aliments pour les enfants nés d'un commerce illégitime et de dommages-intérêts pour la mère, avaient violé la loi qui interdit la recherche de la paternité. Dans l'espèce, la question n'était pas douteuse. Demander des aliments, c'est réclamer l'exécution d'une obligation dérivant de la paternité; or, il ne peut y avoir d'obligations à charge du prétendu père que si la paternité est constatée; l'action tendait donc à la recherche de la paternité, c'est dire qu'elle devait être rejetée (1). La cour de Bastia a maintenu la rigueur de ces principes dans un débat qui présentait un caractère réellement odieux. Un homme âgé de plus de trente ans séduit une jeune fille mineure; il fait plus que lui promettre le mariage, il se présente avec elle au pied des autels et engage sa foi devant Dieu. Dans un pays essentiellement catholique, la jeune fille devait croire à la sainteté de ces serments et à la validité de son union. Cependant elle se voit abandonnée par l'infâme qui s'était servi de la religion pour l'abuser. Elle réclame des dommages-intérêts pour elle et des aliments pour son enfant. La cour refusa les aliments en se fondant sur l'article 340 qui interdit la recherche de la paternité. Elle accorda les dommages-intérêts, mais en ayant soin de déclarer que le dommage était causé par la promesse de mariage suivie de la célébration du mariage religieux. Ce n'était donc pas du chef de la grossesse que la cour condamna le séducteur; il aurait été condamné, alors même que la femme qu'il avait si indignement trompée ne serait pas devenue enceinte (2).

92. La question ne se présente pas toujours dans des termes aussi simples. Il se peut que la paternité soit avouée par le séducteur, mais sans qu'il y ait reconnaissance proprement dite. Cet aveu suffit-il pour légitimer la demande en dommages-intérêts? Un jeune homme fait une pro-

(1) Arrêts de cassation du 3 ventôse an XI et du 26 mars 1806 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 598).

(2) Bastia, 3 février 1834 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 82, 11°).

messe de mariage à une demoiselle; des relations intimes s'établissent entre eux; la femme séduite, enceinte, est délaissée; la famille du séducteur s'oppose au mariage. Le jeune homme, plus honnête que son père, écrit, au moment où on le force à quitter le pays, qu'il est la seule et unique cause du malheur qui afflige sa fiancée, qu'il appelle son tendre cœur; il le reconnaît, dit-il, et il se propose de réparer ses torts; il répète qu'il jure sur la foi d'un honnête homme qu'il réparera sa faute. En présence de cet aveu, la cour de Toulouse condamna le séducteur à des dommages-intérêts du chef de la grossesse. C'était violer, dit le défendeur, la prohibition établie par l'article 340. Il n'y a de paternité légale que lorsqu'elle est constatée dans un acte de reconnaissance volontaire, et la loi veut que cet acte soit authentique, afin de garantir la libre manifestation de volonté du père qui reconnaît son enfant. Tout autre aveu est nul; dès lors le fait de paternité, qui est le fait dommageable, ne peut pas être prouvé en justice, car ce serait une recherche interdite par la loi. La cour de cassation n'accueillit pas ce système, elle consacra la distinction admise par la cour d'appel, distinction très-subtile et qui est cependant juridique. La demande en dommages-intérêts tend-elle à constater l'état de l'enfant? Non; alors même que les dommages-intérêts sont accordés, l'enfant n'a toujours pas d'état; dès lors il n'y a pas de reconnaissance, partant nous ne sommes pas dans le cas prévu par l'article 334, qui exige que la reconnaissance se fasse par acte authentique. De quoi s'agit-il? De réparer une faute; or, la faute est avouée par celui qui l'a commise. Il n'y a donc aucune recherche, aucune inquisition scandaleuse : l'auteur du fait dommageable s'est condamné lui-même en promettant de réparer le mal qu'il avait causé (1).

Mais si la paternité était déniée et s'il n'y avait, de la part du prétendu père, aucun aveu de la faute qui le rend responsable du dommage causé, la mère serait-elle admise

(1) Toulouse, 5 juillet 1843 et cour de cassation, 24 mars 1845 (Dalloz, 1845, 1, 177). Voyez, dans le même sens, Caen, 6 juin 1850 et Montpellier, 10 mai 1851 (Dalloz, 1855, 2, 178, 179).

à prouver le fait dommageable? Nous ne le croyons pas. En effet, elle ne pourrait établir le fait dommageable qu'en prouvant qui en est l'auteur, ce qui conduirait à la recherche de la paternité. Dira-t-on qu'il faut appliquer ici la distinction que nous venons d'établir entre l'action en dommages-intérêts et l'action en réclamation d'état? Il est vrai que la distinction subsiste en un certain sens; la demande, en supposant qu'elle soit admise, ne prouverait pas la filiation de l'enfant. Cela n'empêche pas que ce serait une recherche de paternité, recherche tout aussi impossible, tout aussi scandaleuse, quand la mère la fait que lorsque l'enfant réclame sa filiation. Nous sommes donc dans le texte et dans l'esprit de l'article 340.

La question a été jugée ainsi par la cour de Caen (1). M. Demolombe critique cette décision. Il établit très-bien la différence qui existe entre la recherche de la paternité qui aurait pour but de prouver la filiation, et l'action en dommages-intérêts (2). Nous l'admettons aussi. Mais de ce que l'objet des deux actions diffère, conclura-t-on que l'action en dommages-intérêts est toujours admissible? A notre avis, il faut distinguer. Si la paternité est établie par un aveu du séducteur, l'article 340 n'est pas applicable; s'il conteste et s'il n'y a aucun aveu de sa part, il y aurait recherche de la paternité. La cour de Caen a persisté dans sa jurisprudence, malgré la critique de M. Demolombe; nous croyons qu'elle est dans le vrai. La question s'est présentée devant la même cour dans la fameuse cause du maire, que nous venons de rapporter (n° 90); elle n'hésita pas à allouer les dommages-intérêts réclamés par la victime et à tenir compte, dans l'évaluation, des six enfants auxquels elle avait donné le jour. Est-ce contradiction? est-ce une nouvelle jurisprudence? Non; sur le pourvoi, la cour de cassation prit soin de constater que la condamnation aux dommages-intérêts reposait sur cette considération que le défendeur avait pris l'engagement de pour-

(1) Caen, 24 avril 1850 et 19 juin 1854 (Dalloz, 1855, 2, 177, et 1855, 5, 230, n° 7).

(2) Demolombe dans le *Recueil des arrêts de Caen*, t. XIV, p. 586 (Dalloz, *Recueil*, 1862, 2, p. 130, note).

voir aux besoins des enfants nés et à naître : il y avait donc aveu de la faute et promesse de la réparer, au moins en indemnisant la malheureuse dont le coupable avait brisé l'avenir. L'arrêt de la cour confirme notre doctrine (1). Un arrêt de Rennes repousse formellement la distinction proposée par M. Demolombe dans un cas où la paternité était déniée et où il n'y avait aucun aveu de la faute. La cour dit avec raison que l'esprit de la loi ainsi que son texte repoussent toute recherche de la paternité, quand même elle n'aurait pas pour but de prouver la filiation de l'enfant (2).

93. L'engagement contracté par le père d'un enfant naturel de pourvoir aux besoins de la mère et de l'enfant donne lieu à de nouvelles difficultés. Un premier point nous paraît certain, c'est qu'un pareil engagement n'est pas une reconnaissance de l'enfant. Autre chose est de réparer le dommage qui résulte d'une faute, autre chose est de donner son nom à l'enfant né d'un commerce illicite. L'obligation contractée par le père de nourrir l'enfant implique, au contraire, la pensée de ne pas le reconnaître; car s'il avait l'intention de le reconnaître, il serait inutile de s'obliger à lui fournir des aliments, la dette alimentaire découlant de la reconnaissance. Vainement objecte-t-on que l'aveu de l'obligation alimentaire est un aveu de la cause d'où elle dérive; le père a encore d'autres obligations que celle de nourrir son enfant, il a avant tout le devoir d'éducation, il a le devoir de traiter l'enfant comme sien en lui donnant son nom. Eh bien, celui qui s'oblige simplement à payer une somme d'argent à la mère, à titre d'indemnité, ne s'engage pas par là à élever l'enfant, ni à lui donner son nom; donc il ne le reconnaît pas. Le seul droit que la mère et l'enfant ont, c'est de demander le payement de la somme ou de la pension que le père s'est obligé à leur fournir. Cela a été jugé ainsi par la cour d'Orléans, et la cour de cassation a confirmé l'arrêt (3).

(1) Arrêt de la cour de cassation du 26 juillet 1864 (Dalloz, 1864, 1, 349, 350).
(2) Rennes, 11 avril 1866 (Dalloz, 1866, 2, 184).
(3) Orléans, 16 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 2, 17) et cour de cassation, 3 janvier 1848 (Dalloz, 1848, 1, 31).

De là dérive une conséquence importante, c'est que l'engagement contracté par le père de fournir des aliments à son enfant est valable, quand même il ne contiendrait pas une reconnaissance de l'enfant. Il est donc obligatoire, bien qu'il soit constaté par un acte sous seing privé. L'enfant en peut réclamer l'exécution sans qu'on puisse lui opposer l'article 340. En effet, il ne recherche pas sa filiation et il ne réclame pas davantage les droits qui y sont attachés. Supposons, le cas s'est présenté, que le père vienne à mourir, l'enfant demande le payement de sa pension alimentaire contre l'héritier. N'est-il pas évident qu'il n'agit pas comme enfant naturel reconnu? En effet, en cette qualité, il aurait droit à une part des biens délaissés par son père, il se présenterait comme successeur régulier, et non comme créancier. Donc l'article 340 n'est pas applicable (1).

On fait d'autres objections contre la validité d'un pareil engagement. Nous supposons d'abord que l'engagement est formel, mais qu'il est constaté par un écrit sous seing privé. N'est-ce pas une libéralité? Ce n'est pas une obligation civile, dit-on, puisque la dette alimentaire naît de la paternité; or, la paternité n'existe légalement qu'en vertu d'une reconnaissance volontaire, et de reconnaissance, il n'y en a pas; donc c'est une libéralité, et comme telle l'engagement est nul pour vice de forme (2). L'objection a été faite plus d'une fois; elle n'a pas trouvé faveur devant les tribunaux, et avec raison. Non, cet engagement n'est pas une libéralité, c'est l'obligation de réparer le dommage causé par un quasi-délit. Vainement dit-on que ce quasi-délit est un aveu de paternité, et que cet aveu est nul s'il n'est pas fait dans la forme authentique. Ici revient la distinction consacrée par la jurisprudence entre l'aveu de paternité qui constitue une reconnaissance et l'aveu de paternité qui implique uniquement l'obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite, la séduction; le pre-

(1) Bruxelles, 7 août 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 376).

(2) Valette sur Proudhon, *Traité des personnes*, t. II, p. 179. Arntz, *Cours de droit civil*, t. Ier, p. 307, no 601.

mier tombe sous l'application de l'article 340, le second est régi par l'article 1382 (1).

On insiste et l'on dit que si c'est un engagement contractuel, il est nul parce que la cause en est illicite (article 1131). En effet, quelle est la cause de l'obligation alimentaire dans l'espèce? Ce n'est pas la paternité, puisque, légalement parlant, elle n'existe pas; c'est le concubinage, donc l'engagement est contraire aux bonnes mœurs, et nul comme tel. L'objection est très-spécieuse. La cour de Bruxelles l'a écartée en disant que l'engagement du père de nourrir son enfant, loin d'être illicite, est admis par la loi en principe; c'est un devoir de conscience, et qui oserait dire qu'il est contraire aux bonnes mœurs d'écouter cette voix intérieure qui nous rappelle à notre devoir? Il nous semble que la réponse ne rencontre pas l'objection telle que nous l'avons formulée. Sans doute c'est un devoir naturel pour le père de nourrir son enfant, mais peut-on invoquer la paternité pour y fonder une obligation quelconque, tant qu'elle n'est pas légalement constatée? Non; il faut donc chercher ailleurs le motif de décider. La paternité étant hors de cause, il ne peut plus s'agir que d'un fait dommageable. Quel est ce fait? C'est la séduction; or, aucun principe ne s'oppose à ce que la séduction soit constatée, et que celui qui s'est rendu coupable de ce quasi-délit ne contracte l'engagement de réparer sa faute en indemnisant la victime. Cet engagement, loin d'être illicite, répare le mal, du moins au point de vue des intérêts pécuniaires, et la réparation d'un tort est un acte moral, quoique le tort soit un acte immoral.

Ce que nous venons de dire répond à une dernière objection que l'on fait dans cette question difficile (2). On prétend que l'engagement est nul faute de cause. La cause est le motif juridique qui porte le débiteur à contracter l'obligation qu'il souscrit. Dans l'espèce, la vraie cause est la paternité; or, la paternité, n'étant pas légalement prouvée, n'existe pas aux yeux de la loi. Il ne reste donc que

(1) Arrêt précité de Bruxelles (*Pasicrisie*, 1860, 2, 376).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 405, nº 426.

le sentiment de bienfaisance, mais ainsi considéré, l'acte devient une libéralité, et en ce cas il est nul en la forme. La jurisprudence repousse cette objection en disant que la cause de l'engagement est une obligation naturelle. On lit dans un arrêt de la cour de Bordeaux que « celui qui contracte l'engagement de pourvoir aux besoins de l'enfant ne fait que remplir un devoir de conscience; que cet engagement ne puise pas sa cause dans la qualité de père et dans un aveu sans valeur aux yeux de la loi, mais dans un sentiment intime, dans un scrupule honorable qui peut très-bien subsister, alors que la paternité demeure incertaine, même aux yeux de celui qui s'oblige (1). » N'est-ce pas là une pétition de pricipe? Notons d'abord que les devoirs de conscience n'ont aucun effet en droit, et que les obligations naturelles proprement dites n'en ont qu'un seul, d'après notre droit français, c'est qu'elles ne donnent pas lieu à répétition, lorsqu'elles ont été volontairement acquittées. La cause est un fait juridique, c'est-à-dire reconnu par la loi. Dès lors ce ne peut être que la paternité, quand il s'agit d'une dette alimentaire, et l'objection revient dans toute sa force. Sur le terrain légal, c'est une pétition de principe que d'invoquer une cause qui légalement n'existe point. Il faut donc abandonner entièrement toute cause qui se rattache à la paternité et se placer au point de vue du quasi-délit. Ici nous avons une cause, le fait dommageable, la séduction avec ses conséquences. Cette cause suffit pour légitimer l'obligation de fournir des aliments à la mère et indirectement à l'enfant. Nous disons à la mère, car c'est envers elle que l'obligation est contractée, et l'enfant n'y a droit que du chef de sa mère. Dès que l'on met l'enfant directement en cause, la paternité l'est aussi, et alors on se heurte contre des difficultés insolubles (2).

Il reste une dernière objection, pour mieux dire, un cas spécial. On suppose que l'engagement contracté par le

(1) Bordeaux, 5 janvier 1848 et 5 août 1847 (Dalloz, 1848, 2, 98 et 97). Comparez l'arrêt de la cour de cassation du 27 mai 1862 (Dalloz, 1862, 1, 208) et un arrêt de Limoges du 22 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 2, 197).

(2) Comparez Merlin, *Répertoire*, au mot *Aliments*, § I, art. 2, n° 9; Duranton, t. III, p. 224, n° 229; Rolland de Villargues, *Répertoire*, au mot *Enfant naturel*, n° 83.

père ne mentionne pas la cause. La cour de cassation a décidé, et avec raison, qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 1132, aux termes duquel la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée. Mais naît alors la question de savoir qui doit prouver qu'il y a une cause ou qu'il n'y en a pas. Nous dirons au titre des Obligations qu'à notre avis, c'est à celui qui prétend que l'engagement manque de cause à le prouver. Dans l'affaire jugée par la cour de cassation, c'est le père qui soutenait que l'engagement par lui contracté ne pouvait valoir, ni comme obligation puisqu'il était sans cause, ni comme donation pour défaut de formes. La cour décida que l'accomplissement d'un devoir de conscience était une cause suffisante et très-licite d'une promesse de cette nature, et que les formalités prescrites pour les donations n'étaient pas applicables à un écrit contenant reconnaissance d'une dette naturelle (1). Nous croyons aussi que l'engagement était valable; mais invoquer une dette naturelle pour le légitimer, c'est ne rien dire, puisque les dettes naturelles n'existent aux yeux de la loi que quand elles sont payées, c'est-à-dire éteintes. Il n'y a pas d'autre cause juridique que le fait dommageable; il suffit pour valider l'engagement.

Nº 2. EXCEPTION A LA PROHIBITION.

94. L'article 340 porte que, dans le cas d'enlèvement, le ravisseur pourra être déclaré père de l'enfant, lorsque l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception. C'est une exception et une exception unique à la règle qui prohibe la recherche de la paternité. L'exception est plus nominale que réelle; il n'y a pas un seul arrêt sur la matière dans les recueils de jurisprudence (2). La loi défend de rechercher la paternité, parce que la preuve est impossible, ou du moins d'une incertitude extrême. S'il y a enlèvement et si l'époque de la conception coïncide avec celle de l'enlèvement, il y a une

(1) Arrêt du 27 mai 1862 (Dalloz, 1862, 1, 208).
(2) L'arrêt de Paris du 29 mars 1821, le seul qui se trouve dans le *Répertoire* de Dalloz, concerne un rapt de séduction.

probabilité contre le ravisseur; cette probabilité diminue l'incertitude et les dangers de la recherche. Tronchet prétendait même que la paternité était certaine; mais Boulay remarqua avec raison que l'on ne pouvait jamais préciser le moment de la conception, qu'il se pouvait par conséquent que la conception fût antérieure ou postérieure à l'enlèvement. Voilà pourquoi la loi dit que le ravisseur *pourra* être déclaré père de l'enfant. Les tribunaux apprécieront (1).

95. Toute exception est de stricte interprétation; il faut donc limiter la recherche de paternité au cas précis prévu par la loi. C'est celui d'enlèvement. Faut-il que l'enlèvement constitue un délit et que le délit soit constaté par la condamnation du coupable? A s'en tenir aux travaux préparatoires, on devrait répondre affirmativement. La déclaration de paternité, disait Tronchet, est la peine de l'enlèvement. Duveyrier est encore plus explicite : c'est, dit-il, la conséquence d'un crime et d'un crime prouvé (2). Cependant la plupart des auteurs enseignent que la disposition de l'article 340 n'a rien de commun avec le crime de rapt. Il y a un motif historique qui, nous semble-t-il, le prouve à l'évidence. Le code pénal de 1791, sous l'empire duquel le code civil a été discuté et voté, ne punissait l'enlèvement que si une mineure âgée de moins de quatorze ans avait été ravie par violence; or, d'après le code Napoléon, la femme n'est censée pubère qu'à l'âge de quinze ans; si donc on appliquait la loi pénale, on arriverait à cette singulière conséquence que le législateur n'admet la recherche de la paternité que dans un cas où, légalement, la maternité est impossible. A vrai dire, il n'y a aucun rapport, dans l'espèce, entre la loi pénale et la loi civile L'enlèvement d'une jeune fille de quinze ans n'était pas un crime avant le code pénal de 1810; cela n'empêchait pas que le ravisseur ne pût être déclaré père de l'enfant. Ce qui est décisif en matière civile, c'est que la femme soit au pouvoir de celui qui l'a enlevée, c'est qu'il y ait violence et

(1) Séance du conseil d'Etat du 13 brumaire an XI, n° 9 (Locré, t. III, p. 82).
(2) Duveyrier, Discours, n° 42 (Locré, t. III, p. 138).

oppression, dit Duveyrier ; si ce fait coïncide avec la conception, il y a probabilité que le ravisseur est le père. C'est sur cette probabilité que la loi est fondée; peu importe après cela que la violence constitue un crime ou non (1). Si l'enlèvement ne doit pas constituer un crime, il va sans dire que le ravisseur ne doit pas être condamné par un tribunal criminel avant de pouvoir être déclaré père de l'enfant (2).

96. L'article 340 s'applique-t-il au rapt de séduction? Il nous semble que la négative résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'enlèvement implique la violence et l'oppression; or, la femme séduite qui suit volontairement son séducteur ne peut certes pas dire qu'elle est enlevée par la force; elle s'est enfuie librement et elle conserve sa liberté. Pourquoi d'ailleurs la loi fait-elle exception à la prohibition de rechercher la paternité? Parce que le ravisseur ayant la femme sous son pouvoir exclusif, l'incertitude sur la paternité fait place à la probabilité que le ravisseur est le père de l'enfant que la femme a conçu pendant qu'elle était au pouvoir du ravisseur. Cette probabilité n'existe plus quand la femme jouit de sa liberté (3). Il y a un arrêt de la cour de Paris en faveur de l'opinion contraire (4). Les circonstances de la cause étaient on ne peut pas plus favorables à la femme. Un colonel de la grande armée séduit une jeune Espagnole âgée de moins de seize ans; celle-ci, cédant aux instances réitérées de son séducteur, quitte le domicile paternel; les père et mère tentent vainement de réclamer leur enfant, l'autorité militaire reste sourde à leurs supplications, et là où la force militaire domine, il n'est plus question de justice. La jeune fille suit le colonel en France et elle finit par être délaissée. Certes les considérations morales les plus puissantes s'élevaient contre le séducteur. Il y a plus : la pater-

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 138, note. Duvergier sur Toullier, t. II, p. 138, note.

(2) Voyez, en sens contraire, Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 418; Toullier, t. II, n° 941.

(3) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 71, note 12.

(4) Paris, 29 mars 1821 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 603). Telle est aussi l'opinion de la plupart des auteurs (Dalloz, *ibid.*, n° 605).

nité était certaine, bien qu'elle ne fût pas légalement constatée. On conçoit que les magistrats aient écouté la voix de la conscience plutôt que le texte de la loi. Mais le jurisconsulte qui examine une question de droit ne doit pas la décider par des raisons de sentiment; interprète de la loi, il faut qu'il soit impassible comme elle, sauf à signaler les lacunes et les défauts qu'elle présente. Ici, le vice de la loi nous paraît évident. Les scandales de l'ancienne jurisprudence ont entraîné le législateur dans un excès contraire. Il est parti du principe que la preuve de la paternité est impossible. Cependant le fait qui s'est présenté devant la cour de Paris montre que cette preuve peut se faire; il fallait donc l'autoriser en l'entourant des garanties nécessaires.

97. On demande si l'article 340 est applicable quand la femme est majeure? Si l'on admet le principe que nous avons posé, la question n'en est plus une. En matière pénale, il y a lieu de distinguer si la femme est mineure ou non; nous avons rejeté la loi pénale comme principe d'interprétation de la loi civile; et la question que nous débattons pour le moment nous confirme dans cette opinion. S'il fallait consulter le code pénal de 1791, il en résulterait que l'enlèvement même d'une mineure de quatorze ans ne tomberait pas sous l'application de l'article 340! Laissons donc la loi pénale de côté et consultons le code civil. Il ne distingue pas entre les femmes mineures et les femmes majeures. On conçoit la distinction, s'il était question du rapt de séduction. Mais quand il y a enlèvement par violence, pourquoi ne déclarerait-on pas le ravisseur père de l'enfant, si la femme est majeure? La majorité empêche-t-elle la violence (1)?

Bien que l'article 340 ne distingue pas, il y a une distinction qui résulte de l'article 342, lequel prohibe la recherche de la paternité adultérine ou incestueuse (2). Cette disposition ne peut recevoir d'application qu'à l'exception

(1) C'est l'opinion de Zachariæ (t. IV, p. 70, note 8) suivi par Demolombe, t. V, p. 489, n° 489. En sens contraire, Dalloz, au mot *Paternité*, n° 604.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 71 et suiv., et les auteurs qu'il cite.

prévue par l'article 340, puisque, en dehors de cette exception, toute recherche de paternité est interdite; de sorte que si la recherche pouvait avoir lieu quand la mère est mariée ou parente du ravisseur au degré prohibé par la loi pour le mariage, l'article 342 resterait sans application aucune, ce qui est absurde (1).

98. La loi exige une condition essentielle pour que le ravisseur puisse être déclaré père de l'enfant, c'est que « l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception. » Comment déterminera-t-on l'époque de la conception? Tous les auteurs admettent qu'il y a lieu d'appliquer les présomptions que la loi établit sur la durée de la grossesse dans les articles 312, 314 et 315. Nous avons déjà repoussé cette doctrine (n° 74); des présomptions qui sont faites en faveur de la légitimité ne peuvent pas s'étendre à la filiation illégitime. Dans l'espèce, la question n'a aucun intérêt, car le code donnant aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour déclarer ou ne pas déclarer le ravisseur père de l'enfant, il en résulte que les présomptions perdent le caractère qu'elles ont en matière de filiation légitime; elles ne lient plus le juge; il est donc libre de décider que l'enfant, quoique présumé conçu du ravisseur, d'après les présomptions sur la durée de la grossesse, ne lui appartient pas. C'est dire, en définitive, que les présomptions ne sont plus des présomptions (2).

99. L'article 340 dit que le ravisseur pourra être déclaré père de l'enfant, sur la demande des parties intéressées. Qui sont ces parties intéressées? Est-ce seulement l'enfant? ou la mère? Non, si la loi avait entendu limiter l'action à certaines personnes, elle les aurait nommées, au lieu de se servir du terme vague de parties intéressées. Cette expression générale marque que tous ceux qui y ont intérêt peuvent rechercher la paternité en cas d'enlèvement. En faut-il conclure que la paternité pourra même être recherchée contre l'enfant? Nous allons examiner la question en traitant de la recherche de la maternité.

(1) Voyez plus loin, n° 138.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 607, et les auteurs qu'il cite

100. On demande devant quelle juridiction l'action doit être portée. Quand l'enlèvement constitue le crime de rapt, faudra-t-il appliquer l'article 327, aux termes duquel l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état? Dans l'opinion que nous avons émise sur cette disposition, la question peut à peine être posée. Nous avons dit que l'action en recherche de paternité n'a rien de commun avec le crime d'enlèvement. Dès lors la poursuite criminelle et l'action civile doivent être tout à fait indépendantes l'une de l'autre, et l'on ne voit pas de raison pour laquelle l'action du ministère public serait arrêtée jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la question d'état. Il est possible que malgré le rapt il n'y ait pas de question d'état, pas de recherche de paternité, parce que la naissance rapprochée de l'enfant prouve qu'il n'a pas été conçu lors de l'enlèvement. Dans ce cas, il n'y a pas d'action civile, il est donc impossible qu'elle arrête le cours de l'action criminelle. Mais quand même il y aurait action civile et action criminelle, et quand même on admettrait, contrairement à notre opinion, que l'enlèvement dont parle l'article 340 est le crime de rapt, nous croyons qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'article 327. Le texte suppose un délit de *suppression d'état*. Où est la suppression d'état en cas d'enlèvement? Supposons que la conception de l'enfant se rapporte à l'époque de l'enlèvement : est-ce à dire que le crime de rapt supprime l'état de l'enfant? Son état est si peu supprimé que c'est précisément le rapt qui lui donne l'action en recherche de paternité. Dira-t-on qu'il est dangereux de faire préjuger la question du rapt par les tribunaux criminels? Nous répondons qu'il n'y a pas de préjugé, puisque malgré l'enlèvement constaté par la condamnation du ravisseur, celui-ci pourra ne pas être déclaré père de l'enfant, les tribunaux civils ayant en cette matière un pouvoir discrétionnaire. Il y a plus : les motifs pour lesquels le législateur a suspendu le cours de l'action criminelle est étranger au cas d'enlèvement, puisque devant les deux juridictions, devant les tribunaux civils aussi bien que devant les tribunaux criminels, l'enlèvement est prouvé

par témoins. En désespoir de cause, Marcadé a supposé que les auteurs du code se défiaient de la juridiction criminelle dans les questions d'état, et de cette supposition il conclut que le ministère public ne peut pas poursuivre le ravisseur jusqu'à ce que les tribunaux civils aient jugé la question de paternité. Il est inutile de discuter une doctrine qui repose sur des fondements imaginaires. En définitive, quel que soit le sens que l'on donne à l'article 340, la disposition exceptionnelle de l'article 327 n'est pas applicable (1).

§ II. *Recherche de la maternité.*

N° 1. QUI PEUT RECHERCHER LA MATERNITÉ.

I. *Des parties intéressées.*

101. L'article 341 dit que la recherche de la maternité est admise. Faut-il conclure des termes généraux de la loi que la maternité peut être recherchée par toute partie intéressée ? La question présente deux faces. On demande d'abord si l'action peut être intentée non-seulement par l'enfant, mais aussi par ses ayants cause. Puis on demande si la maternité peut être recherchée contre l'enfant. Les deux questions se touchent, mais elles ne se confondent pas. Nous commençons par la première.

On lit dans un arrêt de la cour de cassation que l'action en recherche de la maternité naturelle n'appartient qu'à l'enfant (2). La cour a appliqué ce principe aux héritiers de l'enfant, même en ligne directe descendante; elle a décidé qu'il résulte des termes de l'article 341 et des principes qui l'ont dicté, que l'action ne peut pas être exercée par les ayants cause (3). D'après cette jurisprudence, la recherche

(1) C'est l'opinion de Demolombe (t. V, n° 532) et de Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 130, n° 69 *bis* VI. En sens contraire, Marcadé, t. II, p. 74, art. 342, n° IV.

(2) Arrêt du 3 février 1851 (Dalloz, 1851, 1, 116).

(3) Arrêts de cassation du 29 juillet 1861 (Dalloz, 1861, 1, 297) et du 10 août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 354). Voyez, dans le même sens, Grenoble, 26 décembre 1867 (Dalloz, 1868, 2, 112); Caen, 1er mars 1860 (Dalloz, 1861, 2, 12); Rennes, 21 août 1844 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 636, 2°, p. 384).

de la maternité serait un droit personnel à l'enfant naturel, que lui seul pourrait exercer. En théorie, cette doctrine est très-admissible. Qu'est-ce que la recherche de maternité? C'est une action en réclamation d'état. Or, l'état est essentiellement un droit moral; il ne peut donc être réclamé que dans un intérêt moral. Et qui a cet intérêt, sauf l'enfant? Il est vrai que l'état de l'enfant légitime est aussi, et à un plus haut degré, un droit moral, puisqu'il lui donne une famille, tandis que l'état d'enfant naturel, peu honorable par lui-même, ne lui donne pas de famille; ce qui n'empêche pas que la réclamation d'état, appartenant à l'enfant légitime, ne passe sous certaines conditions à ses héritiers (art. 329 et 330). L'objection est sérieuse; mais l'argument tiré des articles 329 et 330 peut aussi se rétorquer contre les ayants cause de l'enfant. Il a fallu une disposition expresse pour que la réclamation d'état passât aux héritiers de l'enfant légitime; or, une pareille disposition n'existe pas pour les héritiers de l'enfant naturel: cela ne décide-t-il pas la question contre les ayants cause? On ajoute qu'il y a une raison qui justifie la différence que la loi met entre les ayants cause de l'enfant légitime et les ayants cause de l'enfant naturel. L'action en réclamation d'état, quand elle tend à établir la filiation légitime, n'a rien de déshonorant pour les époux dont on prétend qu'un enfant est issu; tandis que l'action déshonore la mère naturelle et jette le trouble dans les familles. Que l'enfant naturel ait néanmoins le droit de rechercher sa mère, cela se comprend, car il exerce un droit sacré, un droit qu'il tient du sang; à son égard, la mère qui refuse de le reconnaître est coupable, donc le droit de l'enfant doit l'emporter sur toute autre considération. Il n'en est plus de même quand l'action est intentée par des ayants cause; ceux-ci n'agissent que par un intérêt pécuniaire. Or, si l'enfant, qui a un intérêt moral à rechercher sa mère, garde le silence, permettra-t-on à des tiers de couvrir une femme de honte et de troubler la paix des familles pour un intérêt d'argent?

Telles sont les considérations que l'on fait valoir pour soutenir que la recherche de la maternité est un droit person-

nel à l'enfant. Elles ne sont certes pas sans gravité. Cependant nous croyons que l'opinion contraire est plus conforme aux textes et à l'esprit de la loi. Quand nous invoquons le texte, nous n'entendons pas prendre appui sur l'article 341 ; on le cite en faveur des deux opinions contraires : n'est-ce pas une preuve qu'il ne témoigne pour aucune des deux? Les uns disent : La loi déclare en termes généraux que la recherche de la maternité est admise, donc elle l'est au profit de toutes les parties intéressées. Non, disent les autres, si l'article 341 pose le principe que la recherche de la maternité est admise, ce n'est pas pour l'accorder à tout le monde, c'est par opposition à l'article 340 qui interdit la recherche de la paternité ; mais ce qui prouve que l'article 341 n'entend pas que toute personne intéressée ait le droit de rechercher la maternité, c'est que la loi, après avoir posé le principe que, à la différence de la paternité, la maternité peut être recherchée, ajoute que l'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de faire les preuves qu'elle indique ; c'est donc seulement dans l'intérêt de l'enfant que la recherche est admise.

Laissons de côté l'article 341 ; il y en a un autre qui, à notre avis, tranche la question. L'article 340 admet la recherche de la paternité dans un seul cas, celui d'enlèvement ; et dans ce cas l'action peut être intentée, aux termes de la loi, par les parties intéressées. Si les parties intéressées peuvent rechercher la paternité, pourquoi ne pourraient-elles pas rechercher la maternité? La question que nous agitons consiste à savoir si l'enfant a seul action pour réclamer sa filiation naturelle. L'article 340 répond négativement en ce qui concerne la filiation paternelle. Conçoit-on qu'un seul et même droit soit personnel en ce qui concerne la maternité, et qu'il ne soit pas personnel en ce qui concerne la paternité? Au point de vue juridique, ce serait une anomalie inexplicable. Si toute partie intéressée peut rechercher le père de l'enfant, toute partie intéressée doit aussi avoir le droit de rechercher la mère. On dira qu'en fait la différence est grande : que la recherche de la paternité est une exception, tandis que la recherche de la maternité se fait souvent et se ferait plus

souvent encore, si l'on admettait toute personne intéressée à la réclamer. Cette différence de fait est incontestable, mais elle n'aurait quelque valeur en droit que si le législateur l'avait prise en considération pour donner l'action dans un cas et la refuser dans l'autre. Or, c'est précisément là l'objet du débat. Tout ce que l'on peut nous opposer, c'est le silence de la loi, mais le silence ne prouve rien, quand il est combattu par les principes et par une raison d'analogie. Or, dans l'espèce, nous avons un texte formel qui prouve que, dans le système du code, la réclamation de la filiation naturelle n'est pas limitée à la personne de l'enfant; il faudrait plus que le silence de la loi, il faudrait un texte pour que l'on pût admettre que l'action, non personnelle dans le cas de l'article 340, devient personnelle dans le cas de l'article 341.

En définitive, le code maintient le droit commun pour l'action en recherche de la filiation naturelle. Tous ceux qui ont intérêt à agir peuvent agir; il n'y a d'exception que lorsque le droit est attaché exclusivement à la personne de celui à qui il appartient. Or, l'article 340 prouve que le code ne considère pas la recherche de la filiation naturelle comme un droit personnel à l'enfant, donc cette recherche reste sous l'empire du droit commun. Toute personne intéressée peut donc rechercher la maternité naturelle. Mais que faut-il entendre par partie intéressée? L'intérêt peut être moral, il peut être pécuniaire. En matière d'état, l'intérêt moral suffit, puisqu'il s'agit d'un droit moral. Reste à savoir qui peut invoquer cet intérêt, et quelles sont les personnes qui ne peuvent agir qu'en vertu d'un intérêt pécuniaire.

102. Le droit de l'enfant est écrit dans l'article 341. On demande si ses créanciers peuvent l'exercer en son nom. Nous avons enseigné que l'enfant naturel a un état et que cet état est un droit moral aussi bien que l'état d'enfant légitime; dès lors il est évident que ses créanciers ne peuvent pas rechercher directement la maternité au nom de

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 73, note 1. Allard, *des Preuves de la filiation hors mariage*, p. 92. Voyez, en ce sens, l'arrêt de Paris du 30 avril 1859 (cassé) dans Dalloz, 1860, 2, 178.

leur débiteur; car un droit moral est un droit exclusivement attaché à la personne, et la loi ne permet pas aux créanciers d'exercer les droits de cette nature au nom de leur débiteur (art. 1166). Si l'on nie que l'enfant naturel ait un état, si on ne lui reconnaît que des droits pécuniaires, alors, pour être logique, il faudrait en conclure que son droit peut être exercé par les créanciers. Nous rejetons le principe et par suite la conséquence.

Mais il y a des droits pécuniaires attachés à l'état d'enfant naturel. Ses créanciers peuvent les exercer. Cela est évident quand l'enfant est reconnu, peu importe que la reconnaissance soit volontaire ou forcée. Mais peuvent-ils eux-mêmes rechercher la maternité à l'appui d'une action en pétition d'hérédité? Il nous semble qu'il faut appliquer ici les principes qui régissent la réclamation en matière de filiation légitime (1). Dès que l'action des créanciers a pour objet un droit pécuniaire, elle est recevable. Dès lors la réclamation d'état n'est plus qu'un moyen de défense; si on l'accorde aux créanciers d'un enfant légitime, il n'y a aucune raison de le refuser aux créanciers d'un enfant naturel. On objecte que les créanciers n'ont pas pu compter sur le patrimoine de la mère, inconnue au moment où ils ont traité avec l'enfant. Nous demandons s'ils ont pu compter davantage sur le patrimoine des parents légitimes, lorsque cette parenté n'était pas établie au moment où ils ont traité? On ajoute que leur intérêt n'est pas d'un ordre assez élevé pour qu'on leur permette d'intenter une recherche à laquelle sont attachés de si graves inconvénients (2). Cette objection est à l'adresse du législateur; l'interprète n'a pas à se préoccuper des avantages ou des inconvénients qui résultent des principes.

103. Les héritiers de l'enfant peuvent-ils intenter l'action en recherche de maternité? Il y a une grande divergence d'opinions sur ce point dans la doctrine et dans la jurisprudence. Si l'on admet le principe que nous avons posé, il n'y a plus de question : les héritiers peuvent agir,

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 590, n° 470.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 638.

mais seulement dans un intérêt pécuniaire. Cette opinion est très-bien établie dans un jugement du tribunal de Rennes, réformé par la cour d'appel (1). Le tribunal part du principe que le droit de recherche fait partie de la succession de l'enfant et passe avec le patrimoine aux héritiers qui le recueillent. En théorie, ce principe serait contestable; il y a, en effet, des droits qui ne passent pas aux héritiers, comme le dit la cour de Rennes, et on pourrait soutenir que la recherche de la maternité est un droit personnel à l'enfant; mais le code civil rejette cette théorie, au moins quand il s'agit de la filiation légitime; il considère donc l'action en réclamation d'état comme un droit transmissible; dès lors il y a un puissant argument d'analogie en faveur de la transmission du droit de rechercher la filiation naturelle. On ne concevrait pas qu'un seul et même droit, celui de filiation, passât ou ne passât pas aux héritiers, suivant que la filiation est légitime ou illégitime. Mais si l'on invoque les articles 329 et 330, pour justifier la transmission du droit, ne faut-il pas aller plus loin et étendre l'argumentation par analogie aux restrictions que la loi apporte à la transmission de la réclamation d'état? Il y a des auteurs qui le pensent (2). Ils disent que les dispositions du code Napoléon sur la filiation légitime doivent recevoir leur application à la filiation naturelle. Nous avons combattu ce principe d'interprétation comme trop absolu (3). Il nous semble difficile de l'admettre pour les restrictions que la loi établit dans les articles 329 et 330. Qui dit restriction, dit exception. Or, les exceptions ne s'étendent pas par voie d'analogie. On objecte que si l'on admet la transmission de la recherche de maternité sans les restrictions que le code y apporte, quand il s'agit de la filiation légitime, on aboutit à une conséquence absurde, c'est que la réclamation de la filiation naturelle sera plus favorisée que la réclamation de la

(1) Jugement de Rennes du 13 avril 1844 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 636, 2°, p. 382).

(2) Demolombe, t. V, p. 524, n° 524; Marcadé, t. II, p. 73, art. 342, n° IV; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. Ier, p. 357, n° 502; Richefort, *De l'état des familles*, t. II, n° 537.

(3) Voyez plus haut, nos 1 et 2, p. 5 et suiv.

filiation légitime, l'une passant indéfiniment aux héritiers, tandis que l'autre n'est transmise aux héritiers que sous certaines conditions (1). Le tribunal de Rennes répond que cette différence s'explique, que la filiation légitime donne des droits très-considérables, dont l'exercice rejaillit sur la famille tout entière, tandis que les droits de l'enfant naturel sont limités à la succession des père et mère, et tellement restreints qu'ils ne forment pour ainsi dire qu'une créance alimentaire. On conçoit donc que le législateur ait accordé aux héritiers de l'enfant naturel une action qu'il refuse parfois aux héritiers de l'enfant légitime.

L'opinion que nous combattons a été consacrée par un arrêt de la cour d'Angers (2). Il ne donne d'autre motif qu'un argument par analogie, tiré des articles 329 et 330, qu'il présente sous la forme d'un argument *a fortiori* : la recherche de la filiation naturelle, dit la cour, étant moins favorable que celle de la filiation légitime, la fin de non-recevoir écrite en l'article 329 est évidemment applicable aux héritiers de l'enfant naturel. Nous avons répondu d'avance à cette argumentation. L'arrêt d'Angers est isolé ; la jurisprudence se divise entre les deux opinions extrêmes que nous avons exposées, l'une admettant la transmission de la recherche de maternité, l'autre la considérant comme un droit personnel ; c'est cette dernière qui est consacrée par la cour de cassation et qui tend à prévaloir. Nous ajouterons que la rigueur de cette jurisprudence est tempérée par la doctrine que la cour suprême et les cours d'appel admettent, l'une sur l'acte de naissance, les autres sur la possession d'état (3). Si l'acte de naissance et la possession d'état prouvent la filiation naturelle, il va sans dire que les héritiers peuvent s'en prévaloir ; ce n'est pas là une recherche de maternité ; c'est la réclamation d'un droit qui était acquis à l'enfant (4). Il faut dire plus, le droit d'établir qu'il y a une filiation naturelle légalement constatée appartient à toute

(1) Besançon, 12 juillet 1855 (Dalloz, 1857, 2, 18).
(2) Arrêt du 29 mai 1852 (Dalloz, 1855, 2, 264).
(3) Voyez les arrêts cités plus haut, nos 6 et suiv., p. 12 et suiv.
(4) Bastia, 31 mars 1840 (Dalloz, au mot *Paternité*, no 636, 4o, p. 685).

partie intéressée. C'est ainsi que la cour de Paris a admis un enfant naturel à prouver, par la possession d'état, qu'un autre enfant naturel était sa sœur. Il est vrai que la cour a ajouté que c'est dans un intérêt d'hérédité, mais c'est toujours dans un intérêt d'hérédité que l'action est intentée, quand elle ne l'est pas par l'enfant lui-même (1). Dans cette même affaire, la cour de cassation a jugé que l'acte de naissance de l'enfant naturel dans lequel la mère est désignée sur la déclaration du médecin-accoucheur, fait foi, à l'égard des tiers, des rapports naturels de filiation et de maternité entre l'enfant et la mère (2). C'est, à notre avis, un système extralégal, que les cours ont imaginé pour échapper aux rigueurs de la loi. L'interprète n'a pas à s'inquiéter de la sévérité de la loi, fût-elle excessive; mais aussi il ne doit pas rejeter une interprétation parce qu'elle lui paraît trop favorable; il a affaire aux principes, qui ne connaissent ni faveur ni défaveur.

104. Dans notre opinion, l'action en recherche de maternité appartient à toute partie intéressée (n° 100). On demande si le père qui a reconnu l'enfant naturel a qualité pour rechercher la mère. La jurisprudence admet l'action du père en qualité de représentant de l'enfant mineur. Il est certain que l'enfant mineur a droit et intérêt à rechercher sa filiation maternelle, soit pour assurer son état, soit pour réclamer l'exécution du devoir d'éducation qui incombe à la mère. Mais le mineur ne pouvant pas agir lui-même, il faut qu'il soit représenté par celui qui exerce ses droits, c'est-à-dire par son père ou par son tuteur. Le père a donc qualité pour agir au nom de l'enfant (3). Nous croyons qu'il aurait même qualité pour agir comme partie intéressée (4). Le devoir d'éducation incombe aux père et mère; si la mère est connue, il va sans dire qu'elle doit contribuer aux frais d'éducation; dès lors le père a intérêt à rechercher la maternité, et cet intérêt lui donne action.

(1) Paris, 10 mai 1851 (Dalloz, 1853, 2, 114).
(2) Arrêt du 1er juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 177).
(3) Limoges, 4 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 2, 22).
(4) La cour de Riom semble le décider ainsi par arrêt du 26 juillet 1854 (Dalloz, 1855, 2, 81). Elle invoque l'intérêt de l'enfant. Mieux eût valu se fonder sur le droit de l'enfant et sur le droit du père.

105. L'article 766 donne aux enfants légitimes un droit de succession spéciale sur les biens que leurs père et mère ont donnés à l'enfant naturel. Si l'enfant n'a pas été reconnu, ses frères et sœurs légitimes pourront-ils rechercher la maternité? La cour de cassation a jugé qu'aucun texte de loi n'autorisait la recherche de la maternité pour l'exercice du droit établi par l'article 766, et que l'article 341 n'accorde le droit de rechercher la maternité qu'à l'enfant (1). Cela est très-logique dans le système consacré par la jurisprudence de la cour de cassation. Il est vrai aussi qu'il n'y a point de texte formel qui donne aux frères et sœurs légitimes le droit de rechercher la maternité. Ils auraient cependant le droit de rechercher la paternité, dans le cas prévu par l'article 340, si l'enfant avait été conçu avant le mariage de leur père. Ici, il y a un texte qui admet les parties intéressées. Or, conçoit-on que, pour l'exercice d'un seul et même droit, les enfants puissent rechercher le père alors que cette recherche est admise, tandis qu'ils ne peuvent pas rechercher la mère? L'argument analogique nous paraît de toute évidence.

106. La loi du 15 pluviôse an XIII, article 8, déclare l'administration des hospices, à défaut d'héritiers, propriétaire des biens de l'enfant qui décède avant sa sortie de l'hospice. Il résulte de là que les hospices sont des successeurs irréguliers. Peuvent-ils, à ce titre, rechercher la maternité de l'enfant? Le tribunal de la Seine a jugé la question affirmativement, en se fondant sur les motifs que nous avons exposés; mais le jugement a été réformé en appel. Il a paru à la cour de Paris que l'action de l'enfant naturel en recherche de maternité est évidemment attachée à la personne de l'enfant, par sa nature ou ses conséquences (2). Cela est vrai en tant que l'action est morale; mais elle est aussi morale, quand c'est un enfant légitime qui recherche ses père et mère; ce qui n'empêche pas que l'action ne passe, sous certaines conditions, aux héritiers;

(1) Arrêt du 20 novembre 1843 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 636, 3°, p. 386).

(2) Paris, 13 mars 1837 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 636, 3°, p. 384).

dès lors, on ne peut plus dire que l'action en réclamation de filiation est exclusivement attachée à la personne de l'enfant, et bien moins encore que cela est évident.

II. *De la recherche de la maternité contre l'enfant.*

107. La maternité peut-elle être recherchée contre l'enfant? Aux termes de l'article 908, les enfants naturels ne peuvent, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des Successions. La mère donne à son enfant naturel non reconnu la totalité de ses biens : on demande si les héritiers sont admis à prouver la filiation de l'enfant, afin de réduire son legs à la quotité légale? La jurisprudence s'est décidée pour la négative; nous ne connaissons pas un seul arrêt qui ait autorisé la recherche contre l'enfant. Quant à la doctrine, elle est divisée; la plupart des auteurs, Merlin en tête, enseignent que la recherche est admise contre l'enfant naturel; il y a des dissidents, surtout parmi ceux qui ont écrit en dernier lieu. Est-ce la jurisprudence qui a entraîné Marcadé et M. Demolombe? ou ont-ils apporté de nouveaux éléments dans le débat? Nous adoptons l'opinion de Merlin.

Demante fait une remarque qui nous paraît très-juste et qui, à notre avis, est décisive (1). Le droit commun permet à toute personne qui a une prétention légitime fondée sur un fait, de fournir la preuve de ce fait. Ce n'est que par exception que la preuve de certains faits est interdite. Nous en avons des exemples au titre de la Paternité. L'article 340 prohibe la recherche de la filiation paternelle. L'article 342 défend à l'enfant de rechercher la filiation adultérine et incestueuse. Quand la loi interdit la preuve d'un fait, il va sans dire que personne ne peut demander à le prouver. Elle interdit la recherche de la paternité; dès lors, on n'est jamais admis à prouver ce fait en justice, pas plus contre l'enfant qu'à son profit.

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 139, n° 73 *bis*.

Mais il a fallu pour cela une disposition formelle, car c'est une exception et une rare exception. La règle est donc que tout fait peut être prouvé, et, par conséquent, toute personne est admise à faire la preuve du fait qu'elle allègue, peu importe dans quel intérêt elle l'allègue ; ce n'est pas cet intérêt qui décide la question, c'est la nature du fait qui, n'étant pas excepté par la loi, peut par cela même être prouvé en justice. Notre question se réduit donc à des termes très-simples : la filiation naturelle, et spécialement la maternité, peut-elle être prouvée en justice? ou la loi place-t-elle ce fait parmi ceux dont elle n'admet pas la preuve? Question de texte. Ouvrons le code; qu'y lisons-nous?

L'article 341 porte : « La recherche de la maternité est admise. » Ces quelques mots décident la question, en ce sens du moins que la filiation maternelle est placée, par un texte formel au nombre des faits dont la loi admet la preuve en justice. Or, dès que le fait de maternité peut être prouvé, il faut appliquer le principe général invoqué par Demante : toute personne intéressée sera admise à faire cette preuve. Donc la maternité peut être recherchée contre l'enfant, comme elle peut être recherchée par lui. Il est certain que tel serait le droit commun. La loi peut sans doute y déroger, elle peut permettre une preuve à l'un et la défendre à l'autre. Mais il faut pour cela un texte, car c'est une dérogation au droit commun, exception tellement rare, que l'on n'en cite pas un exemple. Le code a-t-il consacré une exception pour la recherche de la maternité? la permet-il à l'enfant et la défend-il contre l'enfant?

Les cours de Colmar et d'Orléans invoquent le texte de l'article 341 (1). Après avoir dit que la recherche de la maternité est admise, la loi ajoute : « L'*enfant* qui *réclamera* sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. » La loi limite donc elle-même l'action en recherche à l'enfant qui

(1) Colmar, 4 mai 1844 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 640, 2°) et Orléans, 8 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 100).

réclame sa mère. M. Demolombe appuie sur ces termes; c'est à l'enfant qui réclame sa mère que le code permet de rechercher la maternité; toutes les dispositions où il est question de recherche parlent de l'enfant, nulle part il n'est question d'un tiers qui voudrait rechercher la maternité contre l'enfant (1). L'argument n'a rien de nouveau; on le trouve déjà dans l'arrêt de la cour d'Amiens (2); Merlin le traite de futile (3). Ce n'est, en effet, qu'un argument tiré du silence de la loi, le plus mauvais de tous les arguments, parce que c'est le plus incertain. Le silence de la loi prouve-t-il que le législateur a voulu implicitement déroger à un principe général? Les exceptions s'établissent-elles par voie de silence? Il est vrai que la loi ne parle que de l'enfant; mais dit-elle, comme une cour le lui fait dire (4), que l'enfant *seul* peut rechercher la maternité? Est-elle conçue dans un sens restrictif? Non, il n'y a pas un mot restrictif dans l'article 341; si le législateur a parlé de la recherche faite par l'enfant, c'est qu'il s'est préoccupé naturellement du cas qui arrive le plus fréquemment. Il n'est pas même vrai de dire qu'il suppose toujours la recherche faite par l'enfant. Il y a un texte, et un texte décisif qui parle des *parties intéressées*. Nous l'avons déjà invoqué, c'est l'article 340; dans le seul cas où il admette la recherche de la paternité, il la permet aux parties intéressées, c'est-à-dire à tous ceux qui y ont intérêt, donc contre l'enfant aussi bien que pour lui. Voilà bien l'application de notre principe, et dans un cas identique. Quand la loi autorise la recherche de la filiation paternelle, elle permet à toute personne intéressée d'en faire preuve en justice. Donc, dirons-nous, la loi autorisant toujours la recherche de la maternité, elle doit, par cela même, la per-

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 529, n° 527.
(2) Amiens, 9 août 1821 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 621, p. 372).
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Maternité*, n° V (t. XX, p. 90).
(4) Caen, 1er mars 1860 (Dalloz, 1861, 2, 12). La cour dit que la reconnaissance volontaire consacrée par l'article 334 est la règle; que la recherche de la maternité, permise par l'article 341, est l'exception; que cette exception est établie en faveur de l'enfant *seul*, qu'elle n'est pas admise contre lui. Cela n'est pas exact. La recherche de la maternité et la reconnaissance volontaire sont deux modes de constater la filiation; ils sont placés sur la même ligne, on ne peut donc pas dire que l'un est la règle et l'autre l'exception.

mettre à tous ceux qui y ont intérêt. Pour repousser cet argument invincible, M. Demolombe est obligé d'altérer le texte. Le texte dit : les *parties intéressées*. M. Demolombe lui fait dire : l'*enfant et la mère* (1); d'un texte général et absolu, il fait un texte spécial, restrictif, en invoquant la discussion. Et que dit la discussion? Est-ce que notre question y a été prévue, décidée? Du tout. On y a supposé que l'action était intentée par la mère ou par l'enfant. C'est invoquer le silence des travaux préparatoires; mais ici on l'invoque contre un texte formel : c'est donc se prévaloir du silence des discussions contre une manifestation formelle de la volonté du législateur. Une pareille interprétation est inadmissible. L'argument tiré de l'article 340 subsiste, et il suffit pour décider la difficulté de texte.

La cour de cassation invoque l'esprit de la loi : elle dit que la recherche de la maternité, introduite en faveur de l'enfant, ne peut être autorisée contre lui (2). C'est résoudre la question par la question. En effet, c'est dire : la recherche est un droit personnel à l'enfant, donc l'enfant seul peut l'intenter. Le motif pour lequel la jurisprudence considère la recherche de la maternité comme un droit personnel a été développé par toutes les cours, c'est que la nature de l'action ne permet pas de l'accorder à des tiers. Ecoutons la cour d'Amiens : « Dans l'intérêt de la morale et de l'ordre social, le législateur n'a pu permettre que des héritiers collatéraux flétrissent la mémoire d'une sœur, pour s'emparer de ses biens, et qu'ils contestassent à un enfant ses parents légitimes pour lui attribuer une mère qui n'eût pu l'être que par un commerce honteux. » Merlin dit que cette considération est en partie prise de circonstances particulières qui ne sauraient influer sur la décision de la question. D'autres cours ont donné une couleur générale à l'argument. La cour de Gand dit qu'il résulte de l'ensemble

(1) La cour de Gand interprète aussi ces expressions générales d'une manière restrictive, elle prétend qu'elles ne s'appliquent qu'à l'action intentée par l'enfant ou à son profit; qu'on ne peut jamais les tourner contre l'enfant. (Arrêt du 10 août 1849, dans la *Pasicrisie*, 1849, 2, 337, et dans Dalloz, 1849, 2, 233.) Où cela est-il dit? C'est précisément la question.

(2) Arrêt du 3 février 1851 (Dalloz, 1851, 1, 116).

des dispositions de l'article 341 que l'enfant seul a le droit de rechercher sa mère : « Lorsque cet enfant se tait, il ne doit être permis à personne de soulever le voile qui cache le secret de sa naissance et de susciter des scandales que la faveur seule de l'enfant qui réclame a pu porter le législateur à tolérer. » La cour d'Orléans dit à peu près la même chose en d'autres termes : « Les considérations les plus puissantes de haute moralité et d'ordre public, qui ont dû céder devant l'intérêt de l'enfant à constater son état, s'opposent à l'action des tiers venant troubler contre l'enfant, et dans un simple intérêt d'argent, l'honneur et le repos des familles. »

Quand on invoque l'esprit de la loi, on doit prouver par les discussions préparatoires que le législateur a entendu, dans le sens qu'on leur attribue, les dispositions qu'il s'agit d'interpréter. Est-ce que les considérations que nous venons de transcrire sont empruntées aux auteurs du code? Est-ce le législateur qui parle? Du tout, c'est l'interprète. Pas un mot n'a été dit au conseil d'Etat sur notre question, pas un mot par les orateurs du gouvernement et du Tribunat. Les cours supposent que tel est l'esprit de la loi. Dès lors leurs paroles n'ont aucune autorité. C'est l'interprète qui trouve bon de donner à un texte général un sens restrictif, et qui, pour justifier cette interprétation, invente des motifs tels quels. Nous pouvons, à aussi bon droit, en inventer d'autres à l'appui du sens général qui découle du texte mis en rapport avec les principes. Nous dirons donc avec Merlin : Ce n'est pas la qualité du demandeur qui fait le scandale, c'est la nature du fait qu'il s'agit de prouver. Qu'importe que la recherche de la maternité soit faite par les héritiers ou par l'enfant? Le scandale sera le même. Que dis-je? il sera plus grand, plus révoltant, quand c'est l'enfant qui vient flétrir sa mère! Vainement dit-on qu'il a un droit sacré à réclamer, sa filiation. En fait, ce droit sacré se traduit en un intérêt pécuniaire; il se trouve peu d'enfants qui tiennent à honneur d'être bâtards plutôt que des enfants sans mère connue. L'intérêt sera donc toujours un intérêt d'argent. Eh bien, nous disons que l'action est mille fois plus scandaleuse quand elle est intentée par

l'enfant! Donc, si le législateur avait voulu éviter le scandale, il aurait dû prohiber toute recherche de maternité. Mais qu'en serait-il résulté? Le législateur aurait sacrifié le droit de l'enfant, il aurait sacrifié les droits des tiers à l'honneur prétendu de la mère. Nous disons l'honneur apparent; l'honneur véritable, elle l'a perdu le jour où elle a failli, et non le jour où l'on découvre sa faute. Il y a donc un coupable, c'est la mère. Pourquoi, dans l'intérêt du coupable, défendrait-on aux tiers de faire valoir des droits qui, quoique pécuniaires, n'en méritent pas moins la faveur du législateur?

Nous ajoutons que l'intérêt des tiers est en harmonie avec l'intérêt général. Il y a des lois qui défendent d'avantager les enfants naturels. Le motif de cette incapacité tient à la base même de la société, à l'honneur dont la loi entoure le mariage. Eh bien, le système de la jurisprudence favorise la violation de la loi. C'est déjà un grand mal; car que devient la société si les hommes s'habituent à violer la loi, et si le législateur lui-même les y encourage en quelque sorte? Le mal acquiert une gravité incalculable quand la loi violée tend à honorer le mariage. En favoriser la violation, n'est-ce pas mettre le concubinage sur la même ligne que la liaison légitime des époux? Non, dit Marcadé, vous ne comprenez pas la loi; elle est beaucoup plus morale que l'interprétation que vous lui donnez. Si l'enfant naturel peut recueillir tous les biens de sa mère, de son père, c'est à une condition : il ne pourra jamais porter le nom de ceux qui lui ont donné le jour, il n'aura jamais ni père ni mère. Voilà la réprobation dont la loi frappe les enfants illégitimes; ils recueilleront les biens de leurs parents, mais jamais ils n'auront de parents (1). Nous pourrions répondre qu'en fait les enfants naturels seraient très-heureux d'une pareille réprobation, si elle était accompagnée d'un legs universel. Mais nous voulons répondre sérieusement à une argumentation sérieuse. La théorie de Marcadé est une de celles que l'auteur a essayé de substituer aux principes que le code a consa-

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 79 et suiv. (art. 342, nº VIII).

crés. La plupart n'ont pas trouvé faveur; ici, il n'a fait qu'adopter la jurisprudence, en lui donnant une signification morale que les auteurs du code n'ont certes pas eue en vue, par l'excellente raison qu'ils ont gardé le silence et dans les discussions préparatoires et dans les textes, si l'on excepte l'article 340 qui témoigne contre la jurisprudence. En définitive, nous sommes en présence d'un système qui n'a aucun appui dans les textes, aucun appui dans l'esprit de la loi; car on n'appellera pas esprit de la loi la théorie imaginée par un auteur, théorie dont il n'y a pas la moindre trace dans les discussions du conseil d'État ni dans les discours des orateurs. A notre avis, la vraie morale demande que les droits soient maintenus et que les lois soient respectées (1).

Nº 2. DES CONDITIONS DE LA RECHERCHE.

108. L'article 341 porte : « L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. » Cette disposition a donné lieu aux interprétations les plus contradictoires. Toullier dit que le code se tait sur la preuve de l'accouchement, qu'il ne parle que de la preuve de l'identité; d'où il conclut que la preuve de l'accouchement ne peut être faite que par écrit, parce que, en matière d'état, la preuve par témoins n'est reçue que dans le cas où la loi la permet par une disposition expresse (2). Merlin demande où il est écrit qu'en matière d'état il faut une disposition expresse pour que la preuve par témoins soit reçue. Et Toullier eût été bien embarrassé de répondre à la question, car le principe qu'il pose est tout à fait imaginaire (3).

(1) Voyez, en ce sens, une dissertation de Pont, dans la *Revue de législation*, t. XIX, p. 254, et dans la *Revue des Revues de droit*, t. VIII, p. 106. Comparez Allard, *des Preuves de la filiation hors mariage*, p. 87-91.
(2) Toullier, t. II, p. 141, nº 942.
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Maternité*, nº 4, p. 88. La question a été décidée en ce sens par un arrêt de Paris du 11 février 1850, confirmé par la cour de cassation (arrêt du 3 juillet 1850, Dalloz, 1850, 1, 209). La cour

Il y a un système tout contraire. On prétend que l'article 341 ne fait que restreindre l'admission de la preuve testimoniale; par cela même, toutes les autres preuves sont admissibles. Même le serment, dit la cour de Rennes (1). Non, dit M. Demolombe, la disposition de l'article 341 est impérative et limitative (2). S'il nous fallait choisir entre ces deux opinions contraires, nous donnerions la préférence à la première, qui n'exclut aucun genre de preuve; car l'article 341 n'est réellement restrictif que pour ce qui concerne la preuve testimoniale. Bien entendu qu'en admettant toutes les preuves légales, il faut ajouter la réserve que ces preuves ne sont admissibles que dans les limites tracées par la loi elle-même. Ainsi le serment est exclu parce qu'il implique une transaction, et il n'est pas permis à l'enfant naturel de transiger sur son état. Vainement la cour de Rennes dit-elle que la transaction est hors de cause, puisque l'enfant qui défère le serment prouve par là qu'il n'a pas de preuve de son état, que partant il ne renonce à rien, n'ayant rien. C'est confondre le fait avec le droit; si l'enfant n'a pas de preuve aujourd'hui, il peut en découvrir demain. En tout cas, toute renonciation de sa part, toute transaction est frappée de nullité (3).

Vient ensuite le système de Merlin. Il admet, avec Toullier, que l'article 341 ne s'occupe pas de la preuve de l'accouchement de la prétendue mère. Et pourquoi ne s'en occupe-t-il pas? C'est sans doute parce qu'il s'en est déjà occupé. N'avons-nous pas un titre des Actes de l'état civil? Dans ce titre, le législateur établit des registres publics où doivent être inscrits les actes de naissance, de mariage et de décès; et bien évidemment son intention, en les établissant, est qu'ils fassent une preuve complète de leur contenu. Donc les registres constatent et prouvent la

suprême se borne à dire que la loi n'exige pas que l'enfant rapporte séparément la preuve complète et par écrit de l'accouchement. Cela est, en effet, décisif.

(1) Rennes, 16 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 631). Cadrès, *Des enfants naturels*, n° 49.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 512, n° 512.

(3) La cour de Pau a rejeté le serment, comme preuve de filiation naturelle, par arrêt du 24 juin 1857 (Dalloz, 1857, 2, 154).

naissance, c'est-à-dire l'accouchement. Est-ce à dire que cette preuve équivaille à celle de la filiation? Non, dit Merlin; la filiation des enfants naturels ne s'établit que par la reconnaissance volontaire ou forcée; quant à l'acte de naissance, il prouve seulement le fait de maternité; l'enfant naturel n'aura donc pas de filiation, mais il aura droit à des aliments contre sa mère (1).

L'opinion de Merlin est abandonnée (2), il est inutile de la combattre. On s'étonne que ce grand jurisconsulte ait professé une doctrine qui repose sur une fausse interprétation de l'article 341, et sur une interprétation inadmissible des actes de naissance. Nous verrons à l'instant quel est le sens de l'article 341. Quant à l'acte de naissance, comme le dit le terme même, il prouve la naissance, c'est-à-dire le fait matériel qu'un enfant est né. Autre est la question de savoir de qui cet enfant est né, quelle est la femme qui est accouchée. Mais ne nous hâtons pas trop de condamner Merlin; il maintenait du moins la différence capitale qui existe entre l'acte de naissance et l'acte de reconnaissance; certes, il n'aurait pas cru que l'on soutiendrait jamais que l'acte de naissance fait preuve de la filiation naturelle. C'est cependant là ce que la cour de cassation a jugé dans le fameux arrêt Lahirigoyen (n[os] 8-11), en confondant ce que Merlin avait distingué, pour mieux dire, ce que le code distingue: l'acte qui prouve qu'un enfant naturel est né et l'acte qui établit la filiation de cet enfant. Les cours d'appel n'ont adopté aucune de ces opinions absolues. Placées en présence des faits, elles décident le plus souvent les procès qui leur sont soumis, moins d'après la rigueur du droit que d'après la faveur de la cause. Le code étant d'une rigueur extrême en cette matière, les tribunaux ont cherché à modérer la sévérité excessive de la loi. Tout en restant dans les termes de l'article 341, les interprètes chargés de l'appliquer ont considéré comme un commencement de preuve par écrit, les uns l'acte de naissance, les autres une déclaration de grossesse, avec

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Maternité* (t. X, p. 10[illegible] et 107).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 615.

mille variétés dans l'application. Si l'on se met au-dessus des passions qui animent ces débats passionnés de leur nature, la décision des questions de droit est très-facile, il suffit de s'en tenir au texte et à l'esprit de la loi.

109. L'article 341 exige un commencement de preuve par écrit pour que l'enfant naturel soit reçu à prouver sa filiation maternelle par témoins. Nous avons rencontré une disposition analogue dans l'article 323, qui admet l'enfant légitime à faire preuve de sa filiation par témoins, mais la loi ajoute que le commencement de preuve peut aussi être fondé sur des présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants. On demande si cette disposition peut s'appliquer par analogie à la recherche de la maternité naturelle. Merlin a établi la négative avec une évidence incontestable (1). On comprend à peine que la question soit débattue. L'article 323, en tant qu'il admet les indices ou présomptions comme un commencement de preuve, consacre une exception aux principes généraux sur les preuves. Nous l'avons démontré (2), et cela n'est pas douteux. Le législateur a admis cette exception, parce qu'il favorise la preuve de la filiation légitime. Il ne l'a pas reproduite pour la filiation naturelle; cela décide la question. Les exceptions ne s'étendent jamais, pas même par des raisons d'analogie; elles sont surtout de stricte interprétation quand les motifs de décider diffèrent. Et faut-il répéter qu'autant les auteurs du code sont favorables à la filiation légitime, autant ils témoignent de défaveur à la filiation naturelle? Ecoutons sur notre question même ce que dit Berlier au conseil d'Etat : « Il n'en est pas ici comme dans le cas où un enfant réclame le droit de légitimité. Alors toute espèce de preuve doit être admise; mais si l'on donne la même latitude aux enfants nés hors mariage, on expose la femme à craindre une action flétrissante pendant tout le cours de sa vie. Il est nécessaire de modérer cette action afin qu'elle n'entraîne pas d'abus (3). » Il faut donc décider sans hésiter que des

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Maternité* (t. X, p. 110).
(2) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 520, n° 414.
(3) Séance du conseil d'Etat du 26 brumaire an x, n° 11 (Locré, t. III, p. 58).

présomptions, quelque graves qu'on les suppose et quelque constants que soient les faits sur lesquels elles reposent, ne suffiraient pas pour admettre la preuve testimoniale de la maternité. Telle est aussi l'opinion de tous les auteurs (1). La cour de Rennes avait admis des présomptions à l'appui de l'acte de naissance, le tout à titre de commencement de preuve; l'arrêt fut cassé (2). Malgré l'évidence de la loi, malgré l'autorité des auteurs et de la cour de cassation, la question a été soulevée maintes fois devant les tribunaux. Elle a toujours été décidée dans le même sens (3).

110. D'où vient cette insistance à reproduire des réclamations si souvent rejetées et condamnées par le texte même du code? Cela dénote un vice dans la loi; en effet, telle qu'elle est, elle rend pour ainsi dire impossible l'exercice du droit qu'elle reconnaît à l'enfant naturel de rechercher sa mère. L'article 341 exige un commencement de preuve par écrit. Qu'entend-on par là? L'article 1347 répond qu'on appelle ainsi tout *acte* émané de celui contre lequel la demande est formée. Il faudrait donc que l'enfant produisît un écrit émané de sa mère. Or, les malheureuses qui donnent le jour à des enfants naturels appartiennent la plupart aux classes inférieures de la société, et jusqu'à nos jours, il faut l'avouer, le législateur ne s'est guère soucié de répandre l'instruction parmi les déshérités de ce monde. On a essayé de soutenir que l'article 341 n'est pas applicable quand la mère ne sait pas lire. Ces prétentions ont toujours été repoussées, et, en droit, cela ne souffre pas le moindre doute. Ce serait créer une exception à l'article 341; or, l'interprète ne peut admettre des exceptions que la loi ne consacre pas. Vainement objecte-t-on que la loi devient d'une exécution impossible. Le reproche s'adresse au législateur, mais il n'autorise pas le juge à faire la loi. On lit dans un arrêt qu'il n'est pas vrai de dire que l'exécution de la loi est impossible, puisqu'il peut arriver que

(1) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 618.
(2) Arrêt de cassation du 28 mai 1810 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 624).
(3) Grenoble, 24 janvier 1844 (Dalloz, 1845, 2, 105); Toulouse, 13 juillet 1846 (Dalloz, 1848, 2, 83); Caen, 1er mars 1860 (Dalloz, 1861, 2, 12); Paris, 13 juillet 1863 (Dalloz, 1864, 1, 252).

la mère comparaisse dans un acte authentique, duquel résulte le commencement de preuve par écrit (1). En théorie, cela est vrai, mais en fait? Et c'est du fait qu'il est question. En définitive, la loi subordonne la recherche de la maternité à une preuve que le plus souvent l'enfant ne peut pas faire.

111. On a essayé d'échapper à la rigueur du code par une autre voie. Nous avons deux définitions du commencement de preuve par écrit : l'une générale, dans l'article 1347 que nous venons de citer : l'autre spéciale à la filiation légitime, dans l'article 324. Cette dernière disposition est plus large que celle de l'article 1347 ; elle porte que le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante. Faut-il appliquer l'article 1347 à la recherche de la maternité? Ou l'enfant peut-il se prévaloir de l'article 324? Si l'article 324 est applicable, l'enfant pourra invoquer des écrits émanés d'un tiers ; il ne le pourra pas, si l'on applique l'article 1347. La question est très-controversée. Si l'on s'en tient à la rigueur des principes, elle n'est pas douteuse, à notre avis. L'article 1347 donne une définition générale du commencement de preuve par écrit. Cette définition reçoit son application à toutes les matières de droit, sauf dérogation. La loi y déroge dans l'article 324, mais elle n'y déroge pas dans l'article 341 ; cela est décisif. Il suffit que l'article 324 établisse une exception pour qu'on ne puisse pas l'étendre. On le peut d'autant moins que l'exception est consacrée dans l'intérêt de l'enfant légitime, et par faveur pour la légitimité. Le texte même le suppose. En effet, il parle de titres de famille ; est-ce que l'enfant naturel a une famille? Non, il ne peut donc pas invoquer l'article 324, qui n'a pas été fait pour lui. On objecte que la définition donnée par l'article 324 doit s'appliquer à la filiation natu-

(1) Toulouse, 13 juillet 1846 (Dalloz, 1848, 2, 83) et 2 mai 1866 (Dalloz, 1866, 2, 83).

relle aussi bien qu'à la filiation légitime, parce qu'on ne comprend pas que dans une seule et même matière, celle de la filiation, le législateur ait deux systèmes différents pour déterminer en quoi consiste le commencement de preuve par écrit. La réponse est simple et péremptoire : c'est qu'il y a deux filiations, l'une à laquelle le code prodigue toutes ses faveurs, la filiation légitime; l'autre qu'il traite avec une défaveur extrême, la filiation illégitime. Il a réellement deux systèmes différents pour les deux filiations; on n'a qu'à lire l'article 323 pour s'en convaincre. S'agit-il de la filiation légitime, le législateur admet jusqu'aux présomptions comme commencement de preuve; et, de l'aveu de tout le monde, l'enfant naturel ne peut pas invoquer de présomptions pour être reçu à la preuve testimoniale. Si les auteurs du code dérogent au droit commun dans l'article 323, on conçoit qu'ils y dérogent aussi dans l'article 324 qui en est une suite.

On dit que ce prétendu droit commun est une fiction, puisque, au moment où l'article 341 fut discuté et voté, l'article 1347 n'existait pas encore. N'est-il pas probable que le législateur, qui venait de définir le commencement de preuve par écrit dans l'article 324, ait entendu s'y référer quand il formula l'article 341, plutôt que de s'en rapporter à une définition future du commencement de preuve? Oui, cela serait probable si l'article 324 n'était pas une disposition spéciale à la filiation légitime. Cela n'est plus probable, alors qu'il s'agit d'appliquer à la filiation naturelle une définition dont le texte même prouve qu'elle a en vue la légitimité. Vainement dit-on que l'article 324 n'est une disposition de faveur que si l'on admet un droit commun moins favorable et que ce droit commun n'existait pas. Nous répondons que l'article 1347 n'a fait que reproduire le droit ancien. Pothier dit et répète que le commencement de preuve par écrit *doit* résulter ou d'un acte public dans lequel celui contre qui on veut faire la preuve ait été partie, ou d'un acte privé signé de lui, ou du moins écrit de sa main (1). Il y avait donc un droit

(1) Pothier, *Traité des obligations*, nos 801-806.

commun en cette matière; l'article 324 y dérogeait, tandis que l'article 341, par cela même qu'il n'y dérogeait pas, le maintenait (1).

La jurisprudence se prononce pour l'opinion contraire; la plupart des arrêts n'ont aucune valeur doctrinale, c'est à peine s'ils citent les articles du code civil (2). Un arrêt récent de la cour de Paris invoque la discussion du conseil d'Etat, mais en des termes si vagues qu'il est difficile d'y trouver un argument juridique. Il est certain que la question n'a pas été prévue dans les travaux préparatoires, dès lors il est inutile de s'y arrêter. Le vrai motif qui entraîne la jurisprudence dans une voie que nous croyons extralégale, c'est que l'article 1347, appliqué à la filiation naturelle, rendrait impossible l'exécution de la loi. La recherche de la maternité, dit la cour de Paris, ne pourrait pas se faire si la mère était complétement illettrée, ou si elle était décédée aussitôt après la naissance de l'enfant. Cela est très-vrai, mais ces considérations sont à l'adresse du législateur. Il est vrai encore que la filiation de l'enfant naturel, dans l'opinion que nous défendons, dépendra de la reconnaissance écrite de la mère. Mais n'est-ce pas précisément ce que le législateur a voulu, afin d'éviter les dangers que présente la preuve testimoniale dans des procès qui compromettent l'honneur et le repos des familles (2)?

112. Sur quoi doit porter le commencement de preuve par écrit? L'article 341 répond à la question. Il commence par dire que l'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée; puis il ajoute : « L'enfant ne sera reçu à faire *cette preuve* par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. » Le commencement de preuve doit rendre probable le fait que l'enfant a à

(1) Demolombe, t. V, n° 503. Bonnier, *Traité des preuves*, n° 145; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, n° 500. Il y a quelques arrêts en ce sens (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 636, 2°, et n° 693). Cette opinion est vivement soutenue dans le mémoire de M. Seresia : *de l'Acte de naissance de l'enfant naturel*, p. 97-105.

(2) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 619.

(3) Paris, 30 avril 1859 (Dalloz, 1860, 2, 178). Voyez en ce sens Richefort, *De l'état des familles*, t. II, n° 335, et Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 474, note.

prouver. Quel est ce fait? C'est le fait qu'il est identiquement le même que l'enfant dont la mère qu'il réclame est accouchée. Donc la preuve et le commencement de preuve embrassent deux faits : l'accouchement et l'identité. Ce que l'article 341 dit, le bon sens nous le dirait à défaut de texte. Qu'est-ce en effet que la recherche de la maternité? C'est l'action par laquelle l'enfant réclame sa filiation. Comment prouve-t-on la filiation? Il faut, avant tout, prouver que telle femme dont on se prétend issu est accouchée; il faut ensuite établir que le réclamant est l'enfant dont elle est accouchée. Donc toute réclamation d'état implique une preuve complexe, preuve de l'accouchement, preuve de l'identité. La doctrine est unanime sur ce point, sauf le dissentiment de Merlin et de Toullier dont l'opinion est aujourd'hui abandonnée (1). Demante explique très-bien pourquoi la loi montre tant de rigueur. Supposons que le commencement de preuve rende probable le fait d'accouchement, sans rien prouver pour l'identité du réclamant; dans ce cas, l'enfant ne doit être admis ni à compléter par témoins la preuve de l'accouchement, ni à faire par témoins la preuve de l'identité. Autrement il suffirait à un aventurier de s'être procuré des indices écrits de la faute d'une femme pour arriver, à l'aide de témoignages achetés, à se faire passer pour son fils.

La jurisprudence est en ce sens. Un arrêt de la cour de cassation commence par repousser l'opinion de Toullier en lui opposant le texte de l'article 341; puis il ajoute que la preuve que l'enfant a à faire est complexe, qu'elle doit porter tout ensemble sur le fait de l'accouchement et sur l'identité; qu'en effet, la preuve de l'accouchement ne renferme pas celle de l'identité, mais que la preuve de l'identité emporte nécessairement avec elle la condition de faire la preuve de l'accouchement; d'où suit que l'enfant doit prouver l'accouchement par cela seul qu'il doit prouver son identité. Le commencement de preuve embrasse le même fait complexe (2). Par application de ces principes,

(1) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Paternité*, n° 615. Il faut ajouter Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 133, n° 170 *bis* II.
(2) Arrêt du 3 juillet 1850 (Dalloz, 1850, 1, 209).

la cour de Lyon a rejeté une recherche de maternité, par le motif qu'en supposant l'accouchement établi, le réclamant n'apportait aucun commencement de preuve par écrit concernant son identité avec l'enfant dont sa prétendue mère serait accouchée.

113. Quels sont les écrits d'où résulte un commencement de preuve? Aux termes de l'article 1347, il faut que l'écrit émane de la mère et qu'il rende vraisemblable le fait allégué, c'est-à-dire l'accouchement et l'identité. Ce dernier point est une question de fait, nous le laissons de côté; la décision dépend, dans chaque cause, de l'appréciation du juge. Il n'en est pas de même de la question de savoir si l'écrit allégué émane de la mère; elle a donné lieu à de nombreuses contestations.

Pour qu'un écrit émane de la mère, il faut, comme le dit Pothier, que cet écrit, quand il est sous seing privé, soit signé de la mère ou écrit par elle; et il faut, d'après l'article 341, qu'il rende vraisemblable l'accouchement et l'identité. On demande si une reconnaissance sous seing privé peut servir de commencement de preuve par écrit. La reconnaissance faite sous seing privé est nulle comme telle; mais comme c'est un écrit émané de la mère, on le suppose, il pourra servir de commencement de preuve; bien entendu, sous les conditions déterminées par l'article 341. Il faut d'abord que cet écrit rende vraisemblable le fait de l'accouchement. Cette première condition est remplie, puisque la mère avoue sa maternité. Mais cela ne suffit point; il faut de plus que l'écrit fournisse un commencement de preuve de l'identité. Or, par elle-même la reconnaissance sous seing privé ne prouve aucunement l'identité. Elle ne la prouve pas quand elle est régulière, faite par acte authentique; elle ne la prouve pas davantage quand elle est irrégulière et nulle, par conséquent, en la forme. Faut-il conclure de là que la reconnaissance sous seing privé ne fait jamais un commencement de preuve par écrit? La conclusion serait trop absolue. Il se peut en effet que l'identité de l'enfant désigné dans l'acte de reconnaissance soit constante ou non contestée; dans ce cas, rien n'empêche d'admettre la preuve testimoniale.

Mais que faut-il décider s'il y a contestation? Nous croyons que, dans ce cas, la preuve par témoins ne serait pas admissible. En effet, il n'y aurait pas de commencement de preuve de l'identité. M. Demolombe avoue qu'il n'y a pas de commencement de preuve par écrit, mais il croit que quelques faits de possession d'état, quelques circonstances suffiraient pour appuyer la reconnaissance sous seing privé (1). C'est une de ces transactions avec les faits que le jurisconsulte ne devrait jamais se permettre. La preuve, ou le commencement de preuve de l'identité, dès qu'elle est contestée, ne peut pas être cherchée hors de l'écrit; sinon, il n'y a pas de preuve écrite, et dès qu'il n'y a pas de commencement de preuve par écrit, il n'y a pas lieu à admettre la preuve testimoniale de la filiation naturelle. Cela est rigoureux, mais telle est la loi. Il n'y a pas d'arrêt sur notre question, et cela est très-naturel. Les mères illettrées ne savent pas même ce que c'est que reconnaître un enfant illégitime; si elles le savaient, elles sauraient aussi que la reconnaissance doit se faire par acte authentique; elles ne peuvent donc pas songer à faire une reconnaissance sous signature privée.

114. Des lettres émanées de la mère peuvent servir de commencement de preuve par écrit. Mais les lettres, comme tout écrit sous seing privé, doivent être reconnues par celui à qui on les oppose, ou, à défaut de reconnaissance, vérifiées en justice (2). Les lettres de la mère, pas plus qu'une reconnaissance formelle, ne prouvent par elles-mêmes l'identité; il faut donc de plus un écrit qui rende cette identité vraisemblable. Nous en trouvons un exemple dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Paris. Des lettres adressées par la mère à un tiers constataient qu'elle s'était établie chez une sage-femme, qu'un enfant avait été ensuite porté à l'hospice et qu'elle lui avait fait donner des soins par ce tiers à qui elle recommandait la discrétion et le mystère. De plus, le réclamant produi-

(1) Demolombe, t. V, p. 509, n° 509, suivi par Dalloz, au mot *Paternité*, n° 629.

(2) Rennes, 30 janvier 1815 et 29 juillet 1816 (Dalloz, au mot *Paternité*, nos 625 et 620, 4°).

sait un papier attaché aux langes dans lesquels on l'avait enveloppé, papier sur lequel la mère avait écrit de sa main les noms qui devaient être donnés à l'enfant et qu'il avait effectivement reçus. La cour décida que ces lettres et ce papier formaient un commencement de preuve par écrit, qui rendaient la preuve testimoniale admissible. Elle ne fit pas même procéder à une vérification d'écriture, et la cour de cassation jugea que la vérification était inutile, les juges pouvant eux-mêmes la faire (1). Sur ce dernier point, nous reviendrons.

Les lettres soulèvent une difficulté que nous avons déjà rencontrée. Quand elles sont confidentielles, l'enfant peut-il les invoquer, bien qu'elles aient été adressées à un tiers? La cour de cassation a décidé, dans le sens de l'opinion que nous avons émise, qu'en principe les lettres confidentielles sont inviolables, et que les tiers ne peuvent s'en prévaloir en justice contre le vœu de celui à qui elles sont adressées, ou quand il en a été illégalement dessaisi. Dans l'espèce, la cour d'appel avait constaté que le réclamant détenait sans fraude les lettres émanées de la mère, et que ces lettres n'avaient même été écrites que dans son intérêt (2).

Les lettres aussi bien que les reconnaissances sont rares dans les débats sur la filiation naturelle, et pour la même cause, l'ignorance des classes inférieures. D'ordinaire les malheureuses qui sont obligées d'éloigner leurs enfants correspondent avec les personnes chargées de les élever par l'intermédiaire d'un tiers. Ces lettres, quoique écrites au nom de la mère, n'ont évidemment aucune valeur, pas plus que les papiers écrits d'une autre main, et que la mère attache ou fait attacher aux langes dans lesquels un enfant est déposé à l'hospice. Il y a des arrêts en ce sens et cela ne peut pas faire l'objet d'un doute (3).

115. Les actes authentiques, dit Pothier, peuvent ser-

(1) Paris, 11 février 1850 et cour de cassation, 3 juillet 1850 (Dalloz, 1850, 1, 209). Comparez Bordeaux, 11 mars 1853 (Dalloz, 1854, 2, 260).

(2) Arrêt précité du 3 juillet 1850 (Dalloz, 1850, 1, 212).

(3) Pau, 28 juin 1864 (Dalloz, 1864, 2, 159) et Bordeaux, 19 février 1846 (Dalloz, 1848, 2, 84).

vir de commencement de preuve. Cela suppose que la mère à laquelle on les oppose y a figuré et a fait des déclarations qui rendent vraisemblables l'accouchement et l'identité. L'acte de célébration de mariage est un acte authentique ; si l'un des futurs époux est enfant naturel et s'il y est qualifié ainsi, cette qualification sera-t-elle un commencement de preuve par écrit? La question ne ferait pas de doute si la mère avait comparu devant l'officier de l'état civil et si elle avait déclaré consentir au mariage de son fils, enfant naturel. Ce serait une reconnaissance véritable d'après la jurisprudence. Mais que faut-il décider si la présence de la mère n'est pas constatée? La cour de Paris a néanmoins admis comme commencement de preuve l'acte de célébration et les publications qui l'ont précédé. Elle écarte d'abord l'article 1347, comme étranger aux questions d'état; elle s'appuie ensuite sur l'article 324 qui mentionne les titres de famille parmi les écrits qu'il admet comme commencement de preuve; or, l'acte de mariage ainsi que les publications sont des titres de famille; ce n'est pas seulement l'enfant naturel qui y figure, son futur conjoint y est partie ainsi que les témoins. A vrai dire, la qualification d'enfant naturel n'est pas un titre de famille, puisque c'est la déclaration de l'enfant; or, personne ne peut se créer un titre à soi-même. Ce qui sans doute a décidé la cour de Paris à se prononcer en faveur des descendants de l'enfant naturel, c'est qu'ils agissaient en pétition d'hérédité contre l'Etat qui s'était emparé de la succession. La cour de cassation cassa l'arrêt par le motif que l'action en recherche de maternité n'appartenait qu'à l'enfant (1).

116. Une déclaration de grossesse faite par la mère devant un officier public forme-t-elle un commencement de preuve par écrit? Pour qu'un acte reçu par un officier public ait force probante, il faut qu'il soit compétent pour recevoir la déclaration qui y est constatée. Il y a des officiers publics qui ont qualité pour recevoir toute espèce de déclarations auxquelles les parties veulent donner l'authenticité,

(1) Paris, 30 avril 1859 (Dalloz, 1860, 2, 178) et cour de cassation, 29 juillet 1861 (Dalloz, 1861, 1, 297).

ce sont les notaires (1). Quant aux autres officiers publics, il n'y a pas de loi qui leur permette de recevoir des déclarations de grossesse. La question s'est présentée plus d'une fois devant les tribunaux. Une femme fait une déclaration de grossesse devant le greffier de la justice de paix; la cour de Lyon décida, et avec raison, que cette déclaration n'avait aucune force probante; le greffier n'ayant aucune qualité pour recevoir une déclaration de grossesse; et cette déclaration n'étant pas signée par la femme, l'acte ne pouvait valoir ni comme authentique, ni comme écriture privée (2). Mais si la femme se présentait devant le juge de paix pour réclamer, en conciliation, l'exécution d'une promesse de mariage contre l'auteur de sa grossesse, ou des dommages-intérêts, ainsi qu'une pension pour l'enfant dont elle se déclare enceinte, une pareille déclaration serait un commencement de preuve par écrit, si l'identité de l'enfant n'était pas contestée. Il est vrai que le juge de paix pas plus que le greffier n'a qualité pour recevoir des déclarations de grossesse; mais dans l'espèce la déclaration est faite incidemment et à l'appui d'une réclamation judiciaire. Dès lors, le juge de paix est compétent, et par suite la déclaration fait foi. Ainsi jugé par la cour de Colmar (3).

Si la déclaration était reçue par l'officier de l'état civil, elle ne ferait pas foi, d'après la rigueur des principes. En effet, la déclaration de grossesse n'est pas un acte de l'état civil; l'officier de l'état civil n'a donc aucune qualité pour la recevoir; s'il la reçoit, elle ne peut faire aucune foi comme acte authentique; tout au plus vaudrait-elle comme écriture privée, si elle était signée de la femme. Ainsi jugé par la cour de Lyon (4). La cour d'Or-

(1) La cour de Grenoble a jugé que la déclaration de grossesse faite devant notaire par une fille équivaut à une reconnaissance, alors qu'à sa naissance, postérieure de peu de jours à la déclaration, l'enfant a été présenté à l'officier de l'état civil comme enfant naturel de la déclarante, et que l'acte de naissance est confirmé par une possession d'état conforme, (arrêt du 13 janvier 1840, Dalloz, 1840, 2, 206). La filiation était certaine, dans l'espèce, mais la certitude de la filiation n'est pas la reconnaissance. La déclaration formait seulement un commencement de preuve.

(2) Lyon, 3 août 1851 (Dalloz, 1853, 2, 54).

(3) Arrêt du 25 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 2, 61).

(4) Arrêt du 20 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 186).

léans a admis la déclaration, à l'appui de l'acte de naissance et de la possession d'état, comme preuve que la déclaration de naissance avait été faite de l'aveu de la mère; mais les circonstances étaient si favorables que la décision ne peut guère être invoquée à titre de préjugé (1).

117. L'acte de naissance dans lequel le nom de la mère est déclaré, forme-t-il un commencement de preuve par écrit de la filiation naturelle? Nous avons dit plus haut quel était le système extralégal de la cour de cassation sur la preuve résultant de l'acte de naissance d'un enfant naturel (nos 8-11). Les cours d'appel n'ont pas adopté cette doctrine et les auteurs la repoussent. Il est donc généralement admis que l'acte de naissance ne prouve pas la filiation de l'enfant, quand il ne contient pas une reconnaissance; c'est la loi même qui le dit dans l'article 334, aux termes duquel la reconnaissance d'un enfant naturel doit être faite dans un acte authentique quand elle ne l'a pas été dans son acte de naissance. Mais si l'acte de naissance ne forme pas preuve complète de la filiation de l'enfant naturel, prouve-t-il au moins l'accouchement? Nous avons dit que telle est l'opinion de Merlin. Cette opinion est abandonnée; mais la jurisprudence est très-divisée sur la force probante qu'il faut attacher à l'acte de naissance, en matière de filiation naturelle. Il y a des arrêts qui se rapprochent de la doctrine de Merlin, en admettant que l'acte de naissance prouve l'accouchement de la mère; ils ajoutent que la preuve peut être complétée par la possession d'état (2). Ces décisions sont plutôt portées en fait qu'en droit; la plupart sont à peine motivées; au point de vue juridique, elles n'ont aucune valeur. Elles confondent les preuves de la filiation naturelle avec celles de la filiation légitime. La filiation légitime s'établit par l'acte de naissance, tandis que la filiation naturelle résulte d'une reconnaissance volontaire ou d'une recherche de maternité; une déclaration de naissance faite sans l'aveu

(1) Orléans, 18 février 1858 (Dalloz, 1858, 2, 114).
(2) Paris, 7 juillet 1838 (Dalloz, 1845, 2, 105); Limoges, 4 avril 1848 (Dalloz, 1849, 2, 38); Metz, 10 août 1864 (Dalloz, 1864, 2, 225).

de la mère n'est certes pas une reconnaissance. Si ce n'est pas une reconnaissance, quelle preuve en peut-il résulter pour la filiation? Dira-t-on que l'acte prouve l'accouchement, c'est-à-dire le fait de maternité? C'est confondre la preuve de la naissance avec la preuve de la filiation. L'acte de naissance prouve qu'un enfant est né; il ne prouve pas de quelle femme il est issu : ceci est la question de filiation, et pour établir la filiation des enfants naturels, il faut une reconnaissance volontaire ou forcée. Quant au complément de preuve que la jurisprudence trouve dans la possession d'état, on ne peut l'admettre. Le complément de preuve ne pourrait porter que sur l'identité; ce qui aboutirait à mettre la filiation naturelle sur la même ligne que la filiation légitime; car l'acte de naissance d'un enfant légitime ne prouve aussi que l'accouchement de la mère, et si l'identité est contestée, elle s'établit également par la possession d'état. En définitive, c'est supprimer toute différence entre la preuve de la filiation légitime et celle de la filiation naturelle, alors que les auteurs du code en ont fait l'objet de deux chapitres différents, et qu'ils sont tout aussi favorables à l'une que défavorables à l'autre. Cela ne s'appelle pas interpréter la loi, c'est faire une loi nouvelle (1). En réalité, cette jurisprudence se confond avec celle de la cour de cassation que nous avons combattue; il est donc inutile de nous y arrêter plus longtemps.

Il y a des cours qui n'ont pas osé aller aussi loin; elles se sont bornées à considérer l'acte de naissance comme un commencement de preuve par écrit de l'accouchement, ou, ainsi que le dit la cour de Bordeaux, comme un *indice* de la maternité. Cette demi-illégalité est tout aussi inadmissible que l'illégalité qui se trouve au fond du système de la cour de cassation. Le code n'admet pas d'*indices* en matière de filiation illégitime; il faut donc proscrire ce mot vague et à double sens, pour s'en tenir à l'article 341.

(1) Voyez, en ce sens, deux arrêts de la cour de Pau, très-bien motivés du 29 juillet 1844 (Dalloz, 1845, 2, 104) et du 28 juin 1855 (Dalloz, 1856, 2, 258). Comparez deux arrêts de Grenoble du 5 avril 1843 et du 24 janvier 1844 (Dalloz, 1845, 2, 105).

Cet article exige un commencement de preuve par écrit; quelle que soit la définition à laquelle il se rapporte, celle de l'article 1347 ou celle de l'article 324, il est impossible de voir un commencement de preuve dans l'acte de naissance. Si c'est l'article 1347, la chose est évidente, puisque l'acte de naissance auquel la mère est restée étrangère n'émane certes pas de la mère, ainsi que le veut cet article. Si c'est l'article 324, on ne peut pas non plus considérer l'acte de naissance comme un titre de famille, et encore moins comme des papiers domestiques, ni comme des actes émanés d'une partie intéressée. On est réellement embarrassé pour combattre une opinion qui n'a aucune base; il faut l'écarter par une fin de non-recevoir fondée sur le texte du code (1).

118. Il y a une fin de non-recevoir irrécusable à opposer à toutes les opinions qui voient dans l'acte de naissance un commencement de preuve, soit de l'accouchement, soit de l'identité, soit de la filiation, considérée comme fait complexe, c'est la volonté du législateur. Le projet de code contenait un article ainsi conçu : « Le registre de l'état civil qui constate la naissance d'un enfant né de la mère réclamée, et duquel le décès n'est pas prouvé, pourra servir de commencement de preuve par écrit. » Cette disposition fut retranchée. Pourquoi? C'est ce que le ministre de la justice va nous dire. Il attaqua le projet parce qu'il donnait trop de facilité pour prouver la filiation naturelle, ce qui, dit-il, entraînerait de graves inconvénients : « Un aventurier qui trouvera sur les registres l'inscription d'un enfant dont le décès ne sera pas prouvé, prétendra qu'il est cet enfant; et à l'aide de quelques témoins subornés, il réussira dans sa demande. » Le ministre ajouta que le registre de naissance ne pouvait jamais prouver l'identité, puisque la question était précisément de savoir si le registre qui constatait la naissance d'un enfant s'appliquait à l'enfant qui recherchait sa maternité. Le conseil d'État, en écartant la disposition du projet, a décidé bien positi-

(1) Paris, 18 mars 1850 (Dalloz, 1851, 2, 30) et 30 avril 1859 (Dalloz, 1860, 2, 178); Bordeaux, 19 février 1846 (Dalloz, 1848, 2, 84).

vement, dit Merlin, que l'acte de naissance ne forme pas un commencement de preuve par écrit pour prouver l'identité (1). S'il ne fait aucune preuve de l'identité, il faut en conclure qu'il ne peut pas servir de commencement de preuve pour établir la filiation, puisque, aux termes de l'article 341, le commencement de preuve doit porter tout ensemble sur l'identité et sur l'accouchement. Cela est aussi fondé en raison. Quel rapport y a-t-il entre l'acte de naissance et l'identité de celui qui produit l'acte? Aucun; car le premier venu peut se procurer un acte de naissance, en s'adressant aux dépositaires des registres de l'état civil. Telle est aussi la doctrine des auteurs, et la jurisprudence tend à la consacrer (2).

119. La possession d'état peut-elle être alléguée pour établir l'identité, alors qu'il n'y a pas de commencement de preuve par écrit? On connaît le système extralégal de M. Demolombe sur la possession d'état. Il qualifie la possession de *présomption légale* et il avoue qu'il n'y a pas de loi (3). M. Valette se laissa séduire par cette nouveauté, mais voyant, dit-il, qu'il est impossible de la faire passer dans la jurisprudence, il l'abandonna et se contenta de soutenir que l'acte de naissance, si la mère y est désignée, forme un titre pour l'enfant, et que par suite les parties intéressées peuvent établir son identité par la possession d'état, quoiqu'il n'y ait pas de commencement de preuve par écrit. Les éditeurs de Zachariæ enseignent une doctrine analogue. Ils supposent qu'il y ait un commencement de preuve par écrit de l'accouchement; dans ce cas, ils admettent que la possession d'état, par elle seule, prouve l'identité (4). Ces deux systèmes se confondent avec les opinions extralégales qui se sont fait jour dans la jurisprudence. Si nous devions choisir, nous préférerions la

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Maternité*, t. X, p. 108. Locré, *Législation civile*, t. III, p. 57 (séance du conseil d'Etat du 26 brumaire an x, n° 7).

(2) Dalloz, au mot *Paternité*, n° 625. Seresia, *Mémoire sur l'acte de naissance de l'enfant naturel*, p. 85 et suiv. Toulouse, 13 juillet 1846 (Dalloz, 1848, 2, 83); Metz, 10 août 1864 (Dalloz, 1864, 2, 225), et Grenoble, 26 décembre 1867 (Dalloz, 1868, 2, 112).

(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 458, n° 480).

(4) Valette, *Explication sommaire du livre Ier du code civil*, p. 185 et suiv. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 77, note 5.

théorie radicale de M. Demolombe. Aucune ne trouve de l'appui dans le texte ni dans l'esprit de la loi, mais si l'on veut faire abstraction des textes, il faut convenir qu'il est plus logique de voir dans la possession d'état une preuve complète. A vrai dire, cette théorie est à l'adresse du législateur et non de l'interprète. On peut soutenir avec M. Demolombe que la possession d'état est la plus certaine des preuves. Toutefois cela n'est vrai d'une manière absolue que quand il s'agit de la filiation légitime. La filiation illégitime, comme l'a très-bien dit la cour de Pau, a quelque chose d'irrégulier, de désordonné; elle ne se produit pas au grand jour de la publicité comme la filiation légitime; elle se cache plutôt, parce qu'il y a une faute et la honte qui en résulte (1).

120. Si l'on s'en tient au texte du code, toutes les controverses tombent. L'enfant qui recherche sa mère doit prouver deux faits, l'accouchement de la femme qu'il réclame comme mère et son identité. Quand la loi ne le dirait pas, le bon sens suffirait pour décider que la preuve de la filiation implique ce double fait. Mais afin de prévenir le danger que présente la preuve testimoniale, surtout en matière de filiation illégitime, le législateur veut qu'il y ait un commencement de preuve par écrit qui rende vraisemblables l'accouchement et l'identité. Quand l'enfant a ce commencement de preuve, alors il est admis à prouver sa filiation par témoins. De quoi les témoins déposeront-ils? L'article 341 le dit : du fait de l'accouchement et du fait de l'identité. Ainsi la loi exige une preuve directe, elle ne se contente pas de la possession d'état. Que ce système soit rigoureux, sévère à l'excès, peu importe, c'est la loi. Il faut cependant ajouter un tempérament qui résulte des principes généraux de droit. Aux termes de l'article 1353, les simples présomptions sont admises dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale. Donc le juge pourra décider la question de filiation par des présomptions, quand il y aura un commencement de preuve par écrit. Il y a des arrêts en ce sens, et cela ne peut pas faire le moindre

(1) Voyez, plus haut, n° 117, p. 181, note.

doute(1). Ajoutons que la réclamation de l'enfant peut être contestée par tous ceux qui y ont intérêt. L'article 339 le dit, c'est le droit commun; pendant l'instance, les parties intéressées peuvent intervenir pour contester la recherche; quand le jugement est rendu, elles peuvent encore contester, puisque le jugement ne peut être opposé à ceux qui n'y ont pas figuré ou qui n'y ont pas été légalement représentés.

SECTION IV. — Des effets de la reconnaissance.

§ Ier. *Principes généraux.*

No 1. DE LA RECONNAISSANCE VOLONTAIRE ET DE LA RECONNAISSANCE FORCÉE.

121. La reconnaissance peut être volontaire ou forcée. Y a-t-il une différence entre les deux modes de reconnaissance quant aux effets qu'ils produisent? La solution de cette question est si évidente, au point de vue des principes, qu'elle mériterait à peine d'être posée, si Merlin ne l'avait soulevée et s'il ne s'était trompé en la décidant. D'où dérivent les effets que la loi attache à la filiation naturelle? Evidemment du fait de la paternité ou de la maternité. C'est parce qu'un homme et une femme donnent le jour à un enfant qu'ils ont certains devoirs à remplir envers lui, peu importe qu'il soit légitime ou illégitime; ils doivent l'élever, lui fournir des aliments, lui laisser au moins une partie de leur succession. Reste à savoir comment sont constatés les devoirs que les père et mère contractent par la procréation. Sont-ils mariés, l'acte de mariage et les actes de naissance établissent le droit des enfants. Ne sont ils pas mariés, il faut une reconnaissance. La reconnaissance peut être volontaire, elle peut être forcée. Est-ce que le mode de reconnaissance influera sur les droits de l'enfant? La question n'a pas de sens, car les droits ne dérivent pas de la reconnaissance, la reconnaissance ne

(1) Paris, 17 juillet 1841 (Dalloz, au mot *Paternité*, no 620, 5o), et Bordeaux, 11 mars 1853 (Dalloz. 1854, 2, 260).

fait que les constater. Est-ce que les droits varient suivant qu'ils sont établis par la preuve littérale ou par la preuve testimoniale? Il n'y a pas plus de raison pour que les droits de l'enfant diffèrent selon qu'ils sont constatés par un acte notarié ou par un jugement.

122. Merlin a cependant soutenu que les enfants naturels n'avaient pas de droit sur la succession de leurs père et mère, quand leur filiation était établie par la recherche de la paternité ou de la maternité. Il invoque l'article 338, qui porte : « L'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime. Les droits des enfants naturels seront réglés au titre des Successions. » De quels enfants naturels est-il question dans cet article? Des enfants reconnus. Or, dit Merlin, les articles qui précèdent l'article 338 ne parlent que de la reconnaissance volontaire. Dans le langage du code civil, un enfant reconnu est donc un enfant reconnu volontairement. L'article 756 dit de même que les enfants naturels n'ont de droits sur les biens de leurs père ou mère décédés, que lorsqu'ils ont été *légalement reconnus*. Et c'est aussi en ce sens que l'article 765 dit que la succession de l'enfant naturel décédé est dévolue au père ou à la mère qui l'a reconnu. Donc l'enfant qui a recherché son père ou sa mère n'a pas de droit d'hérédité (1).

Il est inutile de réfuter cette singulière argumentation. Elle ne prouve qu'une chose, c'est que les meilleurs esprits se trompent et qu'il ne faut jurer sur la parole de personne. Nous avons répondu d'avance en posant les principes qui dominent cette matière. Quant aux textes, il suffit de lire l'intitulé de la section II du chapitre III, pour se convaincre que, dans le langage du code civil, l'enfant naturel reconnu est celui dont la filiation est constatée. Telle est aussi l'opinion unanime des auteurs, et la jurisprudence l'a consacrée (2).

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Succession*, sect. II, § II, art. 1er, n° 3 (t. XXXII, p. 354 et suiv.).

(2) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 668. Il faut ajouter un arrêt de Gand du 9 janvier 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 61). Nous ne connaissons qu'un seul arrêt qui ait admis la doctrine de Merlin, c'est celui de Liége du 18 janvier 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 13).

N° 2. DROITS MORAUX DE L'ENFANT RECONNU.

123. La reconnaissance établit un lien de parenté entre l'enfant naturel et le père ou la mère qui l'ont reconnu; il n'entre pas dans la famille des père et mère, nous en avons dit la raison (n° 20). Par exception à ce principe, la loi admet la parenté naturelle, en ligne directe, comme empêchement au mariage, au même titre que la parenté légitime, et en ligne collatérale entre frères et sœurs naturels. L'intérêt de la moralité explique cette dérogation. Il y a encore deux cas dans lesquels le législateur étend la notion de la parenté naturelle; ce sont les cas prévus par les articles 759 et 766; nous y reviendrons au titre des *Successions*.

124. De qui l'enfant naturel prend-il le nom? Quand il n'est reconnu que par l'un de ses père et mère, il n'y a pas de question : il prend le nom de celui qui l'a reconnu. S'il n'est pas reconnu, ni par acte ni par jugement, il n'a pas de filiation, partant il n'a pas le droit de porter le nom de sa mère, quand même il aurait été déclaré à l'officier de l'état civil et constaté dans l'acte de naissance, car cette déclaration ne donne aucun droit à l'enfant (1). Si l'enfant est reconnu par ses père et mère, de qui prendra-t-il le nom? On admet généralement qu'il porte le nom du père (2). Nous croyons qu'il faut distinguer. Si la reconnaissance a été faite successivement, l'enfant prend le nom de celui de ses père et mère par lequel il a été reconnu d'abord. C'est la conséquence juridique de la reconnaissance; elle établit la filiation de l'enfant; or, la filiation se marque par le nom; reconnaître un enfant, c'est donc lui donner son nom. Dès lors ce nom est un droit pour l'enfant, c'est sa propriété et personne ne l'en peut dépouiller. Si plus tard il est reconnu par une autre personne, cette seconde reconnaissance peut-elle détruire l'effet de la première? Non, certes. L'enfant conserve donc son nom, sans qu'il y ait à

(1) Décidé en ce sens, en France, par le ministre de la justice (Dalloz, au mot *Nom*, n° 14).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 551, n° 543.

distinguer si c'est le père qui l'a reconnu en premier ou si c'est la mère. Mais la seconde reconnaissance lui donne aussi le droit de prendre le nom de celui qui le reconnaît. Légalement il aura deux noms. Est-ce à dire qu'il puisse choisir? Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu, dans ce cas, à un choix, car ce serait choisir entre deux filiations; or, l'enfant ne peut répudier le bénéfice d'une reconnaissance, sauf en la contestant en justice. Il a donc deux filiations et partant deux noms, qu'il a le droit de porter l'un et l'autre. Reste l'hypothèse où l'enfant est reconnu simultanément par ses père et mère. Prendra-t-il, dans ce cas, le nom du père? A notre avis, non. Car, bien que constatées dans le même acte, les deux reconnaissances n'en établissent pas moins deux filiations distinctes; il n'y a aucun lien entre le père et la mère, donc aucune raison de donner la préférence au nom du père. Notre conclusion est que l'enfant prendra les noms de ses père et mère (1).

125. L'enfant naturel a-t-il droit à l'éducation? Il n'y a pas de disposition expresse sur ce point dans le code civil. Mais l'affirmative résulte avec certitude de l'article 383. Les père et mère naturels ont la puissance paternelle; or, dans notre droit, la puissance paternelle n'est autre chose que le devoir d'éducation, ou, si l'on veut, les moyens que la loi donne aux parents pour remplir ce devoir. Mais qui l'exerce? Nous reviendrons sur ce point au titre de la *Puissance paternelle*; et au titre de la *Tutelle*, nous traiterons de la tutelle des enfants naturels.

N° 3. DROITS PÉCUNIAIRES DE L'ENFANT NATUREL.

126. Au titre des *Successions*, nous parlerons des droits d'hérédité que le code civil donne aux enfants naturels. Pour le moment, nous devons nous occuper du droit de l'enfant naturel aux aliments. Quand il est légalement reconnu, il a action contre ses père et mère : la doctrine et la jurisprudence la lui reconnaissent, quoiqu'il n'y ait pas de texte formel qui l'établisse. C'est ce que nous avons

(1) Comparez Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 89, note.

dit ailleurs (1). On demande si l'enfant naturel peut réclamer des aliments en vertu d'une reconnaissance sous seing privé. La question a donné lieu à bien des controverses. D'après les principes rigoureux du droit, il faut répondre, sans hésiter, que l'enfant ne peut jamais avoir d'action, comme tel, contre ses père et mère, que lorsque la paternité ou la maternité résultent d'un acte authentique de reconnaissance. L'enfant naturel qui n'est pas reconnu n'a pas de filiation, il n'a donc ni père ni mère. Comment pourrait-il avoir un droit contre eux? Vainement alléguerait-il un acte de reconnaissance sous seing privé, un pareil acte est nul, il ne donne pas de filiation à l'enfant; n'ayant pas de père aux yeux de la loi, comment agirait-il contre lui?

Cependant la doctrine et la jurisprudence sont divisées sur cette question. Un excellent jurisconsulte, Proudhon, a soutenu que la reconnaissance sous seing privé donne droit aux aliments (2), et il y a des arrêts en ce sens. Nous allons examiner la question sous toutes ses faces. On part du principe que le père naturel peut, sans reconnaître légalement l'enfant, s'engager à pourvoir à ses besoins, en lui payant une pension alimentaire. Ce premier point est généralement admis ; nous avons fait nos réserves ici même. Nous nous rangeons à l'opinion commune, lorsque le père contracte cet engagement envers la mère de l'enfant, ce qui est le cas ordinaire; l'obligation est valable alors, parce qu'elle a pour cause un quasi-délit, et qu'elle a pour objet de réparer le dommage causé. Si l'engagement était souscrit directement au profit de l'enfant, nous croyons qu'il serait nul, car il n'aurait d'autre cause que la paternité ; or, légalement la paternité n'existe pas sans reconnaissance; l'obligation serait donc sans cause, et nulle comme telle. Vainement fait-on appel à un devoir de conscience, à une obligation naturelle; un devoir moral n'engendre pas d'action et ne produit aucun effet en droit, il ne peut donc pas servir de cause à un engagement. L'obli-

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 57, n° 40.
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 174-178, et les observations critiques de Valette, p. 178-180.

gation naturelle même n'engendre pas d'action, et elle ne peut pas servir de cause à une dette civile, comme on le dit; car l'obligation naturelle n'a pas d'existence légale tant qu'elle n'est pas payée, dès lors elle ne peut pas devenir la cause légale, juridique d'une dette civile (1). Il n'y a qu'un cas dans lequel un devoir moral suffit pour légitimer une obligation, c'est quand il y a donation; la charité, la bienfaisance, la reconnaissance sont une cause juridique de la donation, mais à une condition, c'est que la donation se fasse dans les formes prescrites par la loi, ce qui exclut les actes sous seing privé. En définitive, l'engagement du père naturel est nul, ou pour défaut de cause, ou pour vice de forme, à moins qu'on ne puisse le considérer comme réparation d'un quasi-délit (n° 93).

C'est d'après ces principes qu'il faut décider la question de savoir si un acte de reconnaissance sous seing privé qui contiendrait en même temps un engagement de payer une pension à l'enfant, donnerait à celui-ci action contre le père. Si, comme cela arrive le plus souvent (2), c'est dans des lettres adressées à la mère que le père reconnaît l'enfant et promet de fournir à ses besoins, l'engagement est valable; mais il importe de remarquer en quel sens et pourquoi il l'est. Ce n'est pas comme conséquence de la reconnaissance; à ce titre, il faudrait l'annuler, car la reconnaissance sous seing privé est un acte non existant (n° 61), et un acte inexistant ne peut produire aucun effet (article 1181). On dirait vainement que la reconnaissance indique la cause, et que cette cause légitime l'engagement (3). La cause serait, dans cette doctrine, la paternité; or, la paternité n'existe pas tant qu'elle n'est pas légalement constatée, et elle n'existe pas plus comme cause d'une dette alimentaire que comme titre de filiation. Pour le décider ainsi, nous n'avons pas besoin d'invoquer le principe de l'indivisibilité de la paternité (4). Ce principe même

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 407, n° 426.

(2) Grenoble, 29 août 1818 et 3 août 1836 (Dalloz, au mot *Paternite* n° 675, 1° et 2°)

(3) C'est le raisonnement de Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, *t.* IV p. 57, note 9.

(4) La jurisprudence invoque ce principe. Limoges, 27 août 1811 et

est controversé (1), et à vrai dire, on ne peut pas s'en prévaloir dans l'espèce. Pour se fonder sur l'indivisibilité de la paternité, il faudrait, avant tout, qu'il y eût paternité; or, la paternité qui n'est pas légalement constatée n'existe pas. On doit donc l'écarter et chercher ailleurs la cause qui légitime l'engagement contracté par le père. Nous la trouvons dans le quasi-délit; le père s'oblige à réparer le dommage qu'il a causé à la femme qu'il a séduite. Rien de plus légitime.

En se plaçant sur ce terrain, il est facile de répondre à l'objection que l'on trouve dans les arrêts qui déclarent nul l'engagement du père (2). La reconnaissance est nulle, disent-ils, et par suite la dette alimentaire qui en résulte est nulle également. Oui, la reconnaissance est nulle, plus que nulle, non existante; mais l'engagement du père ne se fonde pas sur une reconnaissance qui n'existe pas aux yeux de la loi, il se fonde sur un quasi-délit (3). Qu'importe dès lors que la reconnaissance soit nulle? L'objection reprendrait toute sa force si l'engagement était souscrit directement au profit de l'enfant; il n'aurait plus d'autre cause que la paternité, et la reconnaissance de celle-ci est nulle ou inexistante.

127. Nous supposons maintenant une reconnaissance sous seing privé qui ne contient pas d'engagement de fournir des aliments. L'enfant pourra-t-il les réclamer? Ainsi posée, la question doit être décidée négativement. En effet, l'enfant agit, dans ce cas, en vertu de l'acte de reconnaissance; or, cet acte est nul et, dans notre opinion, non existant. L'enfant agirait donc en vertu d'un titre qui ne

cour de cassation, 4 octobre 1812 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 548, 5°, p. 344); Montpellier, 7 décembre 1843 (Dalloz, *ibid.*, n° 549).

(1) Zachariæ le nie, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 57, note 9.

(2) Bourges, 11 mai 1841 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 678).

(3) Comparez Nancy, 20 mai 1816 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 733, 1°, p. 432). Cet arrêt distingue entre l'*aveu de paternité* et la *reconnaissance*. Il considère l'*aveu de paternité* comme valable, quoique fait sous seing privé. Cette distinction n'est pas admissible, car la *reconnaissance* n'est autre chose que l'*aveu de paternité*. La distinction que nous proposons se trouve implicitement dans les arrêts de Dijon du 24 mai 1817 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 532, 1°), de Douai du 3 décembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 132), de Bordeaux du 23 novembre 1852 (Dalloz, 1856, 2, 23), de Douai du 6 août 1856 (Dalloz, 1856, 2, 295).

peut produire aucun effet. Il ne peut pas invoquer de promesse, puisque le père n'en a fait aucune. On dit que la reconnaissance implique la promesse de pourvoir aux besoins de l'enfant; sans doute, et elle implique plus que cela, elle implique tous les droits que la loi donne à l'enfant reconnu. Est-ce à dire que l'enfant peut réclamer tous ces effets? Non, certes. S'il ne peut pas les réclamer tous, il n'en peut réclamer aucun; pourquoi les aliments plutôt que le nom, plutôt que l'éducation, plutôt que l'hérédité? Admettons que la reconnaissance implique spécialement l'obligation alimentaire, l'enfant ne pourrait pas réclamer les aliments; car il n'y aurait droit qu'en vertu de la reconnaissance, en sa qualité d'enfant naturel; or, il n'a pas cette qualité, il n'est pas enfant naturel. Le père ne serait tenu de la dette alimentaire que par suite de sa reconnaissance; or, celle-ci est nulle, il n'est donc pas père.

La jurisprudence est divisée. Il y a des arrêts qui admettent le droit de l'enfant; ce sont des décisions de fait dont nous n'entendons pas contester l'équité, mais elles n'ont aucune autorité doctrinale, puisqu'elles ne sont pas motivées (1). Il y a aussi des arrêts qui consacrent l'opinion que nous venons d'exposer. La cour d'Aix fait une remarque très-juste. Pourquoi la loi exige-t-elle que la reconnaissance se fasse par acte authentique? Pour garantir qu'elle est l'expression d'une volonté libre et réfléchie. Quand la reconnaissance se fait par acte sous seing privé, la loi suppose qu'elle est due à l'obsession, à la séduction; pourquoi y attacherait-elle plus de foi comme obligation alimentaire que comme reconnaissance, alors que l'obligation n'existe, dans l'espèce, qu'à raison de la reconnaissance? Le vice qui infecte la reconnaissance vicie, par cela même, l'obligation alimentaire (2). Un arrêt de la cour de Bordeaux alloue à la mère une indemnité à titre de dommages-intérêts, du chef de séduction, et rejette la demande d'une pension alimentaire pour l'enfant, parce que le père n'avait contracté aucun engagement de ce

(1) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 670.
(2) Aix, 14 juillet 1853 (Dalloz, 1855, 2, 133), et Bruxelles, 14 juillet 1841 (*Jurisprudence du* XIXe *siècle*, 1843, 2, 124).

chef; il avait, à la vérité, reconnu l'enfant dans ses lettres à la jeune fille qu'il avait séduite par une promesse de mariage, mais, dit la cour, cette reconnaissance, nulle pour établir la paternité, l'est également pour donner droit à des aliments, dont la cause ne pourrait être puisée que dans le fait même de la paternité (1).

§ II. *De l'enfant reconnu pendant le mariage.*

128. L'article 337 porte : « La reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage. Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants. » Cette disposition déroge aux effets que produit la reconnaissance. Quels sont les motifs de l'exception? Il importe de les préciser, parce que les motifs déterminent le sens et la portée de la dérogation que le code apporte aux principes généraux. Nous n'avons, pour connaître l'esprit de la loi, que l'Exposé des motifs et le discours de l'orateur du Tribunat, la disposition n'ayant donné lieu à aucune discussion au sein du conseil d'État. Bigot-Préameneu et Duveyrier s'accordent à dire que c'est l'intérêt des enfants et du conjoint qui a motivé cette exception. « Il ne peut pas dépendre de l'un des époux, dit le premier, de changer, après son mariage, le sort de sa famille légitime, en appelant des enfants naturels qui demanderaient une part dans les biens. Ce serait violer la foi sous laquelle le mariage a été contracté. Des enfants étrangers à l'un des époux ne peuvent acquérir des droits contraires à ceux des enfants légitimes. » C'est parce que l'intérêt des enfants et du conjoint est le motif déterminant de la loi, continue Bigot-Préameneu, que la reconnaissance reçoit son exécution après la dissolution du mariage, s'il ne reste pas de

(1) Bordeaux, 23 novembre 1852 (Dalloz, 1856, 2, 23).

descendants. Duveyrier dit la même chose en deux mots (1). « La reconnaissance faite par un époux pendant le mariage ne peut nuire à l'autre époux et aux enfants légitimes de ce mariage. Il était donc d'une justice rigoureuse de statuer qu'elle ne pourra pas leur nuire. » Ces paroles ne sont que la reproduction du texte; le mot *nuire* dont le code se sert implique un préjudice, un dommage pécuniaire. Ce sont donc les intérêts pécuniaires du conjoint et des enfants que le législateur a entendu sauvegarder.

Marcadé et Demolombe nient ce principe ; ils disent que ce n'est pas un intérêt d'argent qui a fait établir la disposition exceptionnelle de l'article 337, que c'est un intérêt plus élevé, celui de la paix et du bon accord entre les époux (2). C'est construire une théorie nouvelle qui n'a d'appui ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi. Sans doute la reconnaissance d'un enfant naturel par l'un des époux troublera la paix du ménage; mais est-ce parce qu'elle jette le trouble et la désunion parmi les époux que la loi en modifie les effets? Si telle avait été la préoccupation du législateur, il aurait pu prohiber toute reconnaissance, car, même limitée dans ses effets, en vertu de l'article 337, elle troublera encore et peut-être pour toute la vie les relations des époux. Quoi! une femme reconnaît un enfant naturel qu'elle a eu avant de se marier et dont elle a eu soin de cacher l'existence à son futur époux; et elle viendra lui dire qu'il n'a pas le droit de se plaindre parce que ses intérêts pécuniaires n'en souffriront pas! Si le législateur a permis la reconnaissance malgré le trouble nécessaire qui en résultera, c'est qu'il ne pouvait pas empêcher cette reconnaissance, parce que c'est un droit pour l'enfant et un devoir pour le père ou la mère; tout ce qu'il pouvait faire, c'était de veiller à ce que la reconnaissance ne nuisît pas aux enfants et aux conjoints. Il est vrai que les droits de l'enfant naturel sont altérés en ce cas, mais ils le sont parce que le père ou la mère viole

(1) Exposé des motifs, n° 37; Discours de Duveyrier, n° 47 (Locré, t. III, p. 95 et 139)

(2) Marcadé, t. II, p. 57 et suiv. (art. 337, n° IV); Demolombe, t. V, p. 436, n° 460.

la foi du contrat, comme le dit Bigot-Préameneu ; il y a ici conflit de deux droits : la loi donne la préférence à celui qui était acquis par le fait de la célébration du mariage.

129. L'article 337 dit que la reconnaissance faite pendant le mariage ne peut nuire ni au conjoint ni aux enfants. De là suit que si elle est faite avant le mariage, elle produira tous ses effets. Il est vrai que le père ou la mère trompe, dans ce cas, son conjoint ; il est vrai que cette reconnaissance nuira au conjoint et aux enfants, il y a donc conflit de droits ; pourquoi les auteurs du code se sont-ils prononcés en faveur de l'enfant naturel? C'est que son droit était acquis lors du mariage. Si la reconnaissance a lieu après la dissolution du mariage, elle profitera également à l'enfant naturel. Le texte ne laisse aucun doute ; pour que la disposition exceptionnelle de l'article 337 soit applicable, il faut que la reconnaissance se fasse pendant le mariage, donc si elle se fait après que le mariage est dissous, nous ne sommes plus dans le cas de l'exception, par conséquent nous rentrons dans la règle, la reconnaissance produira les effets ordinaires. C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Delvincourt (1). Au point de vue de l'esprit de la loi, il y a quelque doute. Ne pourrait-on pas dire que, dans l'espèce, les enfants nés du mariage ont un droit acquis? La cour de cassation répond que toute discussion sur l'esprit d'une loi est inutile lorsque son texte est clair ; or, l'article 337 ne laisse aucun doute ; cela décide la question (2). Quant aux motifs de la loi, ils sont complexes. Ce qui a décidé, en partie du moins, le législateur, c'est que le conjoint qui reconnaît un enfant pendant le mariage viole la foi du contrat. Après la dissolution du mariage, il n'y a plus de contrat ; il n'y a plus que des enfants légitimes en présence d'un enfant naturel. Celui-ci a un droit à la reconnaissance et à

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 69.

(2) Arrêt du 6 janvier 1808 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 570). Il y a un arrêt contraire de la cour de Metz du 10 août 1864 (Dalloz, 1864, 2, 225). La cour dit que ce serait éluder la loi que de permettre la reconnaissance après la dissolution du mariage. Ce n'est pas éluder une loi que de l'appliquer d'après son texte.

ses effets; il eût été d'une dureté extrême de le sacrifier aux intérêts des enfants légitimes.

130. L'article 337 s'applique-t-il à la recherche de la maternité? Cette question est très-controversée (1). La cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises pour l'affirmative (2). Nous croyons que la loi ne s'applique pas à la reconnaissance forcée. Le texte de la loi est favorable à cette opinion; il porte : « La reconnaissance *faite* pendant le mariage, par l'un des époux. » On ne peut pas dire que la recherche intentée *contre la mère* est une reconnaissance *faite par elle*. M. Demolombe a cherché à écarter le texte en invoquant le principe que la reconnaissance forcée a le même effet que la reconnaissance volontaire. Le principe est incontestable, mais n'en fait-on pas une fausse application? Quand on dit que la reconnaissance produit des effets identiques, qu'elle soit volontaire ou forcée, on veut dire que l'enfant acquiert la filiation et les droits qui y sont attachés par sa naissance; la reconnaissance judiciaire équivaut donc à la reconnaissance volontaire, en ce sens qu'elle constate le même fait et donne les mêmes droits (n° 121). Est-ce que, dans l'article 337, il s'agit de droits que la reconnaissance produit au profit de l'enfant? Il s'agit, au contraire, d'une dérogation aux droits que la reconnaissance donne en général à l'enfant. C'est donc une exception; or, toute exception est de stricte interprétation; il faut donc restreindre l'exception de l'article 337 dans les limites précises de la loi. De là suit que les termes dont la loi se sert ont ici une importance qu'ils n'auraient point si la disposition consacrait une règle de droit commun. Les termes, on l'avoue, ne s'appliquent qu'à la reconnaissance volontaire. Cela est décisif.

M. Demolombe invoque l'esprit de la loi (3). Nous pourrions nous contenter de répondre, comme l'a fait la cour

(1) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 693.

(2) Arrêts de cassation du 17 février 1861 (Dalloz, 1861, 1, 113) et du 16 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 39). Dans le même sens, Metz, 10 août 1864 (Dalloz, 1864, 2, 225).

(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 441, n° 466.

de cassation sur ce même article 337, que lorsque le texte est clair, il n'y a pas lieu de se prévaloir de l'esprit contre la volonté formelle du législateur. Mais est-il vrai que l'esprit de la loi soit en opposition avec son texte? Oui, l'esprit tel que Marcadé l'a imaginé. Mais si nous recourons à l'Exposé des motifs, nous y lisons qu'il ne peut pas dépendre *de l'un des époux* de changer le sort de la famille en y *appelant* des enfants naturels; c'est sur cette *violation de la foi* que l'orateur du gouvernement se fonde pour enlever à l'enfant naturel les droits que la reconnaissance devrait lui donner. Tout ce que dit Bigot-Préameneu suppose une reconnaissance faite par la mère. Quand c'est l'enfant qui agit contre elle, peut-on dire que c'est elle qui *appelle* l'enfant? Quand c'est l'enfant qui force sa mère à le reconnaître, peut-on dire que c'est la mère qui *change le sort de la famille* en *violant la foi du contrat?*

Marcadé croit accabler ses adversaires en disant que leur opinion conduit à des conséquences absurdes et ridicules (1). Un enfant naturel déclare à la femme mariée qu'il sait être sa mère, qu'il va intenter contre elle une action en recherche de maternité. Si la mère conteste, parce que l'action est douteuse, l'enfant, s'il l'emporte, aura tous les droits attachés à la filiation naturelle. Que si l'enfant a des preuves évidentes et si la mère le reconnaît pour éviter le scandale d'un procès, il n'aura pas les droits d'un enfant naturel. Ainsi une hypothèse qui pourrait se présenter est invoquée contre le texte de la loi, pour lui faire dire le contraire de ce qu'il dit? On ne raisonne pas du fait contre la loi. Ces objections s'adressent au législateur; quant à l'interprète, son premier devoir est de respecter la loi, au lieu de chercher dans des possibilités qui peut-être ne se réaliseront jamais, des raisons pour ne pas l'observer (2).

131. Pour que l'article 337 soit applicable, il faut que

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 60 et suiv. (art. 337, nº VII).

(2) Il y a quelques arrêts en ce sens. Voyez arrêts de Rouen du 20 mai 1829 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 619, 5º) et de Paris du 9 mars 1860 (Dalloz, 1860, 2, 148).

l'un des époux reconnaisse, pendant le mariage, un enfant qu'il a eu, avant son mariage, d'*un autre que de son époux*. Si donc l'enfant reconnu appartient aussi au conjoint, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 337. Il va sans dire qu'il faut la preuve légale que l'enfant est issu du conjoint. Si l'enfant était reconnu conjointement par les deux époux, la reconnaissance produirait tous ses effets; il est vrai qu'elle nuirait aux enfants nés du mariage, mais on ne peut plus dire qu'elle viole la foi du contrat. Si l'un des époux seulement reconnaît l'enfant et si ensuite l'autre le reconnaît aussi, l'article 337 restera encore sans application. Il en est de même si l'enfant, après avoir été reconnu par son père, recherche la maternité contre la femme mariée de son père. Il n'y a aucun doute sur tous ces points et les auteurs sont d'accord (1).

132. L'article 337 dit que la reconnaissance ne peut pas *nuire* au conjoint ni aux enfants nés du mariage. Qu'entend-on par le mot *nuire?* Il n'y a aucun doute quant à la succession *ab intestat* à laquelle les enfants sont appelés : l'enfant naturel ne concourra pas avec eux, car s'il prenait une part dans l'hérédité, il leur nuirait évidemment, puisqu'il porterait atteinte à leurs droits. Le conjoint peut aussi être appelé à succéder comme successeur irrégulier. D'après le droit commun, il serait exclu par l'enfant naturel; dans le cas prévu par l'article 337, c'est lui qui recueillera toute la succession. Au premier abord, cette décision paraît contraire au texte de l'article 337 qui porte : « Néanmoins la reconnaissance produira son effet après la dissolution du mariage, *s'il n'en reste pas d'enfants.* » Si l'on s'attachait à la lettre du second alinéa, il détruirait le premier; en effet, il en résulterait que l'enfant naturel serait appelé à l'hérédité de préférence au conjoint; la reconnaissance nuirait donc au conjoint; or, le premier alinéa dit qu'elle ne peut pas lui nuire. C'est le principe posé par le premier alinéa qu'il faut suivre, de l'avis de tous les auteurs, car il pose la règle dont le second alinéa ne fait que donner une application. Les travaux

(1) Dalloz, *Répertoire,* au mot *Paternité,* n° 696.

préparatoires expliquent cette mauvaise rédaction, comme on peut le voir dans le Commentaire de MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain (t. I, nº 490). Nous n'insistons pas sur ce détail historique, parce que, malgré le vice de rédaction, le sens de la loi nous paraît évident.

Il y aurait encore lieu à l'application de l'article 337 si l'époux était donataire par contrat de mariage. Il a, dans ce cas, un droit acquis à l'hérédité, droit que son conjoint ne peut lui enlever par la reconnaissance d'un enfant naturel. La question est plus douteuse si le conjoint est institué légataire universel et si c'est comme légataire qu'il vient à la succession. L'opinion générale est que l'époux légataire ne peut pas invoquer l'article 337. Duranton et Demante sont d'un avis contraire (1). Nous préférons cette dernière opinion. Il est certain que si l'enfant naturel recueillait les biens au préjudice du conjoint, la reconnaissance nuirait à ce dernier; or, la loi dit qu'elle ne peut pas lui nuire. On objecte que, dans ce cas, la reconnaissance nuit, non à l'époux, mais au légataire. L'argument prouve trop; il en faudrait conclure aussi que l'époux donataire ne peut se prévaloir de l'article 337 contre l'enfant, car il vient à la succession, non comme époux, mais comme donataire. Il n'y a, à vrai dire, qu'une différence entre les deux hypothèses, c'est que l'institution contractuelle est irrévocable, tandis que le testament est révocable. Mais cette différence n'empêche pas que si le testament n'est pas révoqué, il ne donne un droit à l'époux légataire, droit dont il serait dépouillé, au moins en partie, par l'enfant naturel reconnu; donc la reconnaissance lui nuirait. En définitive, il faut appliquer l'article 337 à tous les cas où le conjoint a un droit sur l'hérédité, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une libéralité, peu importe qu'elle soit révocable ou irrévocable; ou il faut limiter l'application aux droits dérivant de la loi, ce qui aboutirait à faire une distinction alors que la loi ne distingue pas.

133. L'enfant naturel reconnu par l'un des époux peut-il

(1) Duranton, t. III, p. 250, nº 253. Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 122, nº 65 *bis* III. Voyez, en sens contraire, Demolombe, t. V, p. 456, nº 476, et les auteurs et arrêts qu'il cite.

réclamer les aliments contre son père ou sa mère? C'est une question très-controversée. Nous croyons que le texte de la loi la décide. Si l'enfant naturel pouvait réclamer les aliments, au préjudice des enfants légitimes et du conjoint, il leur nuirait évidemment, et la loi dit que la reconnaissance ne peut pas leur nuire. Reste à savoir quand la réclamation porterait préjudice au conjoint et aux enfants. La solution dépend du régime sous lequel les époux sont mariés. Si les aliments sont pris sur des biens dont la propriété et l'usufruit appartiennent à celui qui les doit, la dette alimentaire ne cause aucun préjudice au conjoint; celui-ci n'a par conséquent pas le droit de s'opposer à la réclamation de l'enfant. Tel est le cas où les époux seraient mariés sous le régime de séparation de biens; si le mari reconnaît l'enfant, il devrait les aliments sur ses biens, cette dette ne léserait pas les intérêts de la femme, puisqu'elle n'a pas de droit sur les biens de son mari. Nous croyons qu'il n'en serait pas de même si la reconnaissance était faite par la femme, car le mari a droit au tiers de ses revenus (art. 1537); la dette alimentaire, diminuant les revenus de la femme, nuirait par cela même au mari. Sous tous les régimes, la dette d'aliments nuirait aux enfants, puisque le patrimoine de leurs père ou mère en serait diminué. D'après la rigueur de la loi, il faut donc dire que s'il y a des enfants nés du mariage, l'enfant naturel ne peut pas réclamer d'aliments.

Cette interprétation rigoureuse de la loi n'est admise par personne (1). Il y a des auteurs qui donnent à l'enfant un droit aux aliments, quel que soit le régime sous lequel les époux sont mariés, et tout en avouant que la dette alimentaire nuira *un peu* au conjoint et aux enfants (2). Qu'elle luer nuise *un peu* ou beaucoup, qu'importe? Ce n'est pas la quotité du préjudice qui peut décider la question. On invoque le caractère de la dette alimentaire, dette sacrée dérivant de la nature; nous croyons aussi que le législateur aurait dû faire exception, mais l'a-t-il fait? Non;

(1) Mourlon paraît l'admettre (*Répétitions*, t. Ier, p. 482).
(2) Marcadé, t. II, p. 56, art. 337, n° II. Il y a un arrêt en ce sens de la cour d'Agen du 17 mars 1817 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 700, 4°).

cela décide la question. Vainement oppose-t-on l'article 762, qui accorde des aliments même aux enfants adultérins et incestueux; il n'y a rien de commun entre le droit général aux aliments qui est établi au profit de tous les enfants naturels, et la disposition spéciale et exceptionnelle de l'article 337.

D'autres auteurs distinguent. Ils entendent le mot *nuire* en ce sens que la reconnaissance ne peut porter atteinte aux *droits* du conjoint et des enfants; s'il s'agit seulement d'*intérêts* lésés, l'article 337 n'est pas applicable. Mais les auteurs ne sont pas d'accord sur l'application du principe. Demolombe accorde action à l'enfant naturel contre son père ou sa mère qui l'a reconnu, dès qu'il n'y a pas de lésion d'un droit; il la refuse contre la succession, tandis que Zachariæ l'admet (1). Les conséquences qui résultent de cette distinction sont très-importantes. Ainsi l'enfant reconnu par sa mère séparée de biens pourrait réclamer des aliments contre sa mère; l'enfant reconnu par le père pourrait demander des aliments, soit sur les biens de la communauté, soit sur les revenus des biens personnels de la femme dont le mari a la jouissance. Et dans l'opinion de Zachariæ, l'enfant aurait toujours droit aux aliments contre la succession de celui qui l'a reconnu. Le principe même qui sert de base à la distinction peut être contesté. Il est certain qu'il n'a pas d'appui dans le texte. La loi dit que la reconnaissance ne peut pas *nuire* au conjoint et aux enfants nés du mariage. Or, *nuire* veut dire causer un dommage, un préjudice quelconque. L'enfant naturel ne peut donc réclamer aucun droit qui diminuerait les avantages pécuniaires de l'époux et des enfants légitimes. Vainement dit-on que l'époux qui l'a reconnu ne doit aucun compte de l'usage qu'il fait de ses revenus. Il n'en peut pas faire un usage que la loi prohibe; or, la loi s'oppose à ce qu'il paye une pension alimentaire à l'enfant naturel reconnu.

La jurisprudence incline vers l'interprétation la plus

(1) Demolombe, t. V, p. 450 et suiv., nos 472, 473. Zachariæ, t. IV, p. 63 et suiv.

rigoureuse de l'article 337. Un arrêt de la cour de Paris avait mis à la charge de la communauté les aliments dus par la mère à un enfant naturel reconnu pendant le mariage; elle invoquait, entre autres motifs, le caractère sacré de cette dette, ce qui rentrait dans le système de Marcadé. L'arrêt a été cassé(1); il a donc été décidé que les aliments ne pouvaient pas être pris sur la communauté. Dans une autre espèce, la cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas lieu à récompense pour une donation mobilière faite à un enfant naturel reconnu pendant le mariage, mais en se fondant sur la nullité de la reconnaissance; les motifs de l'arrêt impliquent que la cour aurait admis la récompense si la reconnaissance avait été valable, parce que la donation aurait nui au conjoint ainsi qu'aux enfants(2).

134. La reconnaissance de l'enfant naturel pendant le mariage par l'un des époux n'est pas frappée de nullité; elle est seulement restreinte quant à ses effets, dans l'intérêt du conjoint et des enfants nés du mariage. De là suit que la reconnaissance produira ses effets à l'égard de toutes autres personnes. Ainsi s'il y avait des enfants d'un précédent lit, la reconnaissance leur pourrait être opposée. Si l'époux se remariait après la dissolution du mariage pendant lequel il a reconnu l'enfant naturel, la reconnaissance produirait ses effets ordinaires à l'égard du nouveau conjoint et des enfants qui naîtraient de son union. Cela ne fait pas de doute; la disposition étant exceptionnelle doit être restreinte dans les limites précises du texte; d'ailleurs les motifs de l'exception ne s'appliquent pas à ces diverses hypothèses(3). La reconnaissance produit même à l'égard du conjoint et des enfants, pendant le mariage, les effets qui ne peuvent pas leur nuire. Ainsi il nous paraît incontestable que l'enfant porte le nom de celui qui l'a reconnu. On admet aussi que le père ou la mère qui l'a reconnu exerce sur lui la puissance paternelle (4). Ici il y

(1) Arrêts de Paris du 9 mars 1860 (Dalloz, 1860, 2, 148) et de cassation du 16 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 39).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 18 mars 1862 (Dalloz, 1862, 1, 285).
(3) C'est l'opinion de tous les auteurs (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 697).
(4) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 450, n° 471.

a un doute ; la puissance paternelle n'est autre chose que le devoir d'éducation, et ce devoir implique l'obligation de nourrir, d'entretenir l'enfant et de payer les frais de son instruction ; il y a donc des intérêts pécuniaires en cause ; dès lors il nous semble que la puissance paternelle n'aura lieu qu'en tant qu'elle ne nuira pas au conjoint et aux enfants. Cela est excessivement rigoureux, mais telle est la loi.

Après la dissolution du mariage, dit l'article 337, la reconnaissance produira son effet s'il n'en reste pas d'enfants. Il faut ajouter, et si le conjoint n'a pas de droit d'hérédité à exercer. C'est dire en d'autres mots que si l'enfant naturel est en concours avec des ascendants ou avec des collatéraux, il aura, dans la succession de son père ou de sa mère, la part que la loi lui attribue. Il n'y avait aucune raison de limiter les effets de la reconnaissance à l'égard d'autres personnes que le conjoint et les enfants nés du mariage.

135. La jurisprudence a déduit une conséquence importante de l'article 337. Il est de principe que l'on ne peut faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement. La loi ne veut pas qu'une reconnaissance directe faite pendant le mariage nuise aux enfants légitimes ; dès lors l'enfant naturel ne pourra se prévaloir, après la dissolution du mariage, de lettres écrites par sa mère pendant le mariage pour rechercher la maternité ; sinon la mère pourrait indirectement donner à l'enfant naturel des droits sur sa succession, au préjudice de ses enfants légitimes (1). Cette décision nous paraît d'une rigueur excessive. Si l'article 337 posait un principe de droit commun, on pourrait le poursuivre jusque dans ses dernières conséquences. Mais il s'agit d'une disposition exceptionnelle qui prive l'enfant naturel d'un droit qu'il tient de sa naissance. N'est-ce pas une raison pour la restreindre dans les limites du texte? Or, le texte parle de la reconnaissance ; les lettres de la mère ne sont pas une reconnaissance, donc on ne peut pas empêcher l'enfant naturel de s'en servir

(1) Metz, 10 août 1864 (Dalloz, 1864, 2, 225).

pour rechercher sa mère à une époque où la loi autorise cette recherche.

Autre est la question de savoir si la possession d'état peut être invoquée par l'enfant naturel pour prouver sa filiation, alors que les faits qui constituent la possession se sont passés pendant le mariage. Si la possession d'état est admise comme preuve de la filiation naturelle, c'est parce qu'elle tient lieu d'acte de reconnaissance; dès lors elle tombe sous l'application de l'article 337 : la mère ne peut pas plus faire de reconnaissance tacite, en traitant l'enfant comme sien, qu'une reconnaissance expresse (1).

SECTION V. — De la filiation adultérine et incestueuse.

§ Ier. *Principes généraux.*

N° 1. QUAND L'ENFANT EST-IL ADULTÉRIN OU INCESTUEUX?

136. On appelle adultérins les enfants qui sont nés d'un adultère (2), et il y a adultère quand l'un des père et mère est engagé dans les liens du mariage au moment de la conception de l'enfant. Si donc la mère est libre et le père marié, l'enfant sera adultérin non-seulement à l'égard du père, mais aussi à l'égard de la mère, car elle est complice de l'adultère : la femme libre, dit Furgole, ayant conçu d'un adultère, son fruit demeure toujours adultérin. Au conseil d'Etat, on a soutenu que l'enfant né d'une mère libre et d'un père marié n'était pas adultérin à l'égard de la mère, que du moins il était préférable de le décider ainsi; tandis que l'enfant né d'un père libre et d'une femme mariée était adultérin à l'égard du père et de la mère (3). La distinction est évidemment arbitraire, et il eût fallu un texte pour la consacrer, car ce serait une vraie fiction, et les fictions ne s'établissent que par la loi.

(1) Lyon, 20 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 186); Poitiers, 7 mars 1855, confirmé par un arrêt de rejet du 19 novembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 412). Il y a un arrêt contraire de Limoges du 4 avril 1848 (Dalloz, 1849, 2, 38).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Adultérin*.

(3) Séance du conseil d'Etat du 26 brumaire an x, n° 22 (Locré, t. III, p. 65).

C'est à celui qui prétend qu'un enfant est adultérin à le prouver. On demande si l'enfant que l'on soutient être adultérin peut invoquer les présomptions légales sur la durée de la grossesse et l'époque de la conception. La cour de cassation s'est prononcée avec raison pour la négative (1). Nous avons déjà remarqué que les présomptions légales sont de stricte interprétation; on ne peut les étendre, quand même il y aurait un motif d'analogie, à plus forte raison ne le peut-on pas quand il n'y a pas même raison de décider. Un enfant naît d'une femme veuve, six mois et vingt-trois jours après la dissolution du mariage. Le père le reconnaît. On soutient que cet enfant a été conçu du vivant du mari défunt; peut-il dire qu'étant né plus de six mois après la mort du mari, il est présumé conçu après la dissolution du mariage? Non, car cette présomption n'a été établie qu'en faveur de la légitimité; on ne peut donc pas l'étendre à la filiation naturelle.

137. L'inceste est la conjonction illicite entre ceux qui sont parents ou alliés au degré prohibé par les lois; les enfants nés de ce commerce sont incestueux. Il n'y a pas à distinguer entre les degrés plus ou moins proches de la parenté ou de l'alliance. Dans l'ancien droit, on faisait cette distinction pour la punition de l'inceste; ce qui est très-naturel, l'inceste du père et de la fille étant plus criminel que l'inceste de l'oncle et de la nièce. Aujourd'hui l'inceste n'est plus puni; quant aux enfants nés du commerce incestueux, peu importe la gravité de la faute de ceux qui leur ont donné le jour, ils sont incestueux par cela seul qu'ils sont nés d'un commerce incestueux. C'est l'expression dont le code se sert (art. 331 et 335).

N° 2. PROHIBITION DE LA RECONNAISSANCE.

138. L'article 335 dit que la reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin; et l'article 342 porte que l'enfant ne

(1) Arrêt de Dijon du 29 août 1818, confirmé par un arrêt de rejet du 11 novembre 1819 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 719).

sera jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où la reconnaissance n'est pas admise. Lahary dit, dans son rapport au Tribunat : « La naissance d'un enfant, fruit de l'inceste ou de l'adultère, est une vraie calamité pour les mœurs. Loin de conserver aucune trace de son existence, il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir (1). » La reconnaissance étant prohibée, la recherche ne pouvait être admise. S'il y a scandale quand le coupable étale son infamie ou son crime, en reconnaissant un enfant incestueux ou adultérin, il y a également scandale lorsque l'enfant recherche son état dans la preuve du délit de ceux qu'il prétend être les auteurs de ses jours (2).

Les enfants adultérins et incestueux ne peuvent donc pas avoir de filiation. On a prétendu qu'il y avait exception dans le cas prévu par l'article 340, qui admet la recherche de la paternité lorsque la femme est enlevée et que l'époque de la conception se rapporte à celle de l'enlèvement (3). L'erreur est évidente. En effet, la loi prohibe la recherche de la paternité naturelle, quand même elle ne serait pas adultérine ni incestueuse; si donc l'article 342 interdit la recherche de la paternité, en cas d'adultère ou d'inceste, l'interdiction ne peut porter que sur le cas où, par exception, la recherche de la filiation paternelle est admise, c'est-à-dire quand la femme enlevée est mariée ou parente du ravisseur au degré prohibé pour le mariage. Si dans cette hypothèse la recherche pouvait avoir lieu, l'article 342 n'aurait plus de sens (4).

139. La loi, tout en prohibant la reconnaissance volontaire et forcée des enfants adultérins ou incestueux, suppose que leur filiation peut être constante, car les articles 762-764 leur donnent droit à des aliments contre la succession de leurs père et mère. Il se peut en effet que

(1) Lahary, Rapport, n° 34 (Locré, t. III, p. 115).

(2) Ce sont les expressions de Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 35 (Locré, t. III, p. 95).

(3) Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 735.

(4) C'est l'opinion générale (Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 89, note 1).

leur état soit établi indépendamment de toute reconnaissance ou recherche.

Quand le mari désavoue un enfant conçu pendant le mariage, il résulte du jugement qui admet le désaveu que l'enfant est adultérin (art. 312 et 313); en effet, le jugement établit que la mère a conçu l'enfant d'un autre que de son mari; l'enfant est donc le fruit de l'adultère.

L'enfant établit sa filiation légitime par témoins; toute personne intéressée est admise à prouver que cet enfant n'appartient pas au mari de la mère; si cette preuve est faite, le jugement qui constate la maternité, tout en rejetant l'enfant de la famille, établira sa filiation adultérine (art. 325).

Un mariage est annulé parce que l'un des époux était engagé dans les liens d'un premier mariage encore subsistant au moment où il a contracté le second, ou parce que les époux étaient parents ou alliés au degré prohibé par la loi; les enfants nés de ce mariage seront adultérins ou incestueux, si les époux étaient de mauvaise foi. Leur état sera établi par le jugement qui annule le mariage (1), combiné avec l'acte de naissance. Ce point est néanmoins controversé.

Enfin la filiation adultérine ou incestueuse peut être constatée par un jugement passé en force de chose jugée. Légalement cela ne peut se faire; mais la chose jugée étant considérée comme l'expression de la vérité, cette présomption l'emportera sur l'erreur de droit ou de fait qui aura donné lieu au jugement (2).

140. Quand la filiation des enfants adultérins ou incestueux est établie indépendamment de toute reconnaissance, quelles en seront les conséquences? Le code ne s'occupe d'eux que pour leur accorder des aliments, en leur refusant tout droit d'hérédité. Nous reviendrons sur les articles 762-764, au titre des *Successions*. Les enfants adultérins et incestueux auront-ils un état dans les cas que nous venons d'énumérer? Ils auront un état au même titre que

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 558, n° 438.
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, § 572, p. 94 et suiv.

les enfants naturels. En effet, en quoi consiste l'état des enfants illégitimes? Ils sont légalement attachés aux père et mère qui les ont reconnus. Il en sera de même des enfants adultérins et incestueux; le jugement qui constate leur filiation leur tient lieu de reconnaissance. Les enfants naturels portent le nom de leurs père ou mère. En est-il de même des enfants adultérins et incestueux? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse : c'est la conséquence juridique du jugement qui établit leur filiation. Il va sans dire que la reconnaissance proprement dite ne donnerait pas aux enfants adultérins et incestueux le droit de porter le nom de leurs père ou mère; cela a été jugé ainsi et cela est incontestable, car la reconnaissance étant prohibée, les enfants, quoique reconnus, n'ont pas de filiation (1).

Les enfants adultérins et incestueux sont-ils soumis à la puissance paternelle de leurs père et mère? Tous les auteurs, sauf Loiseau, enseignent que les père et mère n'ont pas la puissance paternelle. L'article 383 paraît décider la question en ce sens; il porte que les articles 376-379, qui règlent l'exercice de la puissance paternelle des parents légitimes, sont communs aux père et mère des enfants naturels *légalement reconnus*, ce qui exclut, dit-on, les enfants adultérins et incestueux. Il est certain que la reconnaissance volontaire étant illégale, ne donnerait pas la puissance paternelle. Mais nous supposons que la filiation adultérine ou incestueuse soit établie par un jugement; dès lors les enfants ont droit à l'éducation, c'est un devoir qui dérive de la paternité; or, la paternité est constatée par un jugement; si les père et mère ont le devoir d'éducation, ils ont par cela même la puissance paternelle, puisque la puissance paternelle n'est pas autre chose. La puissance paternelle n'est pas un droit du père ni un avantage, c'est une charge qui lui est imposée dans l'intérêt de l'enfant (2).

On voit jusqu'où va la rigueur du législateur français.

(1) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Paternité*, nos 446, 5°, 433, 3° et 738 2°.

(2) Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 741 et suiv. En sens contraire, Demolombe, t. V, p. 614, n° 597.

Les cas dans lesquels la filiation des enfants adultérins et incestueux est judiciairement constatée sont très-rares; et dans ces cas-là mêmes, on leur refuse ce que la nature accorde aux animaux, les soins, la protection d'un père, d'une mère. Quelle sera donc leur condition, lorsqu'ils n'ont pas de jugement en leur faveur? Ils seront sans nom, sans état, sans droit; la jurisprudence leur refuse même le droit aux aliments, alors que les parents ont fait l'aveu de leur paternité. On s'est élevé avec raison contre cette rigueur excessive (1). Le législateur a beau vouloir ignorer l'adultère et l'inceste, cette fiction n'empêche pas le commerce adultérin et incestueux. Et quand les faits sont patents, il ferme en vain les yeux pour ne les pas voir, le scandale n'en existe pas moins. Pourquoi donc sacrifier les enfants pour flétrir le crime ou l'infamie de ceux qui leur ont donné le jour? Que la société les punisse! Que la peine retombe sur les coupables et non sur les innocents! L'interprète doit accepter la loi avec sa sévérité outrée, mais du moins il ne doit pas aller au delà de ce que les textes commandent. Il n'y a pas de questions plus difficiles que celles que nous allons aborder : on se révolte contre la loi et l'on se défie de soi-même précisément parce que l'on craint de se mettre au-dessus de la loi.

N° 3. NULLITÉ DE LA RECONNAISSANCE.

141. L'article 335 dit que la reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux. Bien que le code ne prononce pas la nullité, il est certain que la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux serait nulle. La forme prohibitive dont la loi se sert a une énergie singulière; elle ne veut pas que l'adultère et l'inceste se produisent au grand jour, elle voudrait ensevelir le crime et l'infamie dans un éternel silence. C'est donc le cas d'appliquer le principe admis par la doctrine et par la jurisprudence sur la nullité virtuelle. Il n'y a aucun doute sur ce point.

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 572, n° 561.

Il est encore certain que la nullité est irréparable et perpétuelle. Le vice d'adultère et d'inceste ne peut se couvrir, ni par une confirmation, ni par le temps. La loi le décide ainsi pour le mariage incestueux : il donne lieu à une nullité absolue. A plus forte raison, il en doit être ainsi du commerce incestueux et de la tache qui en rejaillit sur les enfants (1).

Mais la nullité est-elle aussi absolue en ce sens que la reconnaissance soit considérée comme inexistante, de sorte qu'elle ne produise jamais aucun effet? Ou la reconnaissance est-elle seulement nulle en ce sens que jamais l'enfant adultérin ou incestueux ne puisse l'invoquer comme un titre de filiation? Le texte laisse la question indécise; il contient une simple prohibition; quelque énergiques que soient les termes de la loi, on ne peut en induire que si, malgré la prohibition, la reconnaissance était reçue par un officier public, elle serait dépourvue de tout effet. On invoque l'esprit de la loi, la volonté du législateur. C'est sur la proposition de la cour de Lyon que l'article 335 a été introduit dans le code : la disposition proposée par la cour était conçue comme suit : « La loi prohibe la reconnaissance des enfants adultérins et incestueux; celles qui pourraient être faites seront nulles *comme non avenues*, et ne pourront donner *aucune action*. » De plus, la cour proposait d'établir des peines contre les père et mère qui feraient la reconnaissance et contre l'officier public qui la recevrait. On prétend que l'article 335 reproduit le sens de la prohibition telle que la cour de Lyon l'avait formulée. Les paroles de Duveyrier, orateur du Tribunat, semblent confirmer cette interprétation. « Cette reconnaissance, dit-il, sera *impossible*, s'il faut l'appuyer sur l'inceste ou sur l'adultère. L'officier public ne la recevra pas, et si, malgré lui, l'acte contient le vice qui l'infecte, cette reconnaissance nulle ne pourra profiter à l'enfant adultérin ou incestueux pour qui elle aura été faite. » Une reconnaissance *légalement impossible*, dit-on, est une reconnaissance *non avenue*; elle

(1) Douai, 26 décembre 1835 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 738, 2°).

ne peut donc produire aucun effet, ni pour l'enfant, ni contre lui (1).

Cette interprétation ne dépasse-t-elle pas la rigueur de la loi? Nous le croyons. Le code ne dit pas, comme le proposait la cour de Lyon, que la reconnaissance sera *comme non avenue*. Dire qu'elle ne peut pas se faire, c'est dire, comme l'explique Duveyrier, qu'elle est légalement *impossible*. Mais tout acte que la loi prohibe est légalement impossible : est-ce à dire que ces actes ne produiront aucun effet? Duveyrier dit que la reconnaissance *ne pourra profiter à l'enfant*. Ces paroles ne sont que la paraphrase du texte, qui dit également que la reconnaissance *ne pourra avoir lieu au profit des enfants incestueux ou adultérins*. Reste à savoir ce que la loi entend par *profit?* A notre avis, l'article 334 répond à la question. Le code commence par dire comment se fait la reconnaissance des enfants naturels, c'est-à-dire comment les enfants naturels acquièrent une filiation. Puis il déclare que *cette reconnaissance* ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. N'est-ce pas dire qu'à la différence des enfants naturels, les enfants adultérins et incestueux ne peuvent pas avoir de filiation? C'est en ce sens que la reconnaissance ne leur profiterait pas si elle était faite. On ne peut donc pas conclure du texte ni de l'esprit de la loi que la reconnaissance est plus que nulle, qu'elle est comme non avenue, qu'elle est inexistante.

Il y a plus. L'esprit de la loi demande que la reconnaissance, tout en étant nulle comme titre de filiation, soit valable comme constatant un aveu de paternité ou de maternité. A la vérité, l'enfant pourra s'en prévaloir pour réclamer des aliments, mais aussi on pourra s'en prévaloir contre lui pour l'empêcher de prendre une part dans l'hérédité. La reconnaissance ne lui profitera pas, en ce sens qu'il n'aura jamais de filiation, et c'est là le but principal de la prohibition établie par l'article 335. La recon-

(1) Allard, *Des preuves de la filiation hors mariage*, p. 127-131. Voyez en ce sens un arrêt de Bruxelles du 14 juillet 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 216), et les arrêts cités plus bas, n°s 157 et 161.

naissance lui nuira, au contraire, puisqu'elle sera un titre d'exclusion de l'hérédité. De sorte que l'enfant adultérin ou incestueux sera tout ensemble sans filiation, comme le veut la loi, et sans droit, les aliments n'étant pas considérés comme un droit, mais comme une charité. N'est-ce pas là ce que le législateur a voulu, puisque d'une part il défend de reconnaître l'enfant incestueux ou adultérin, et que d'autre part il lui accorde des aliments?

Cependant il reste un doute. Un acte prohibé par la loi pour des motifs de moralité publique, un acte nul de ce chef, d'une nullité absolue, peut-il néanmoins produire des effets? N'y a-t-il. pas là une contradiction logique? Merlin répond qu'un acte peut être nul sous un rapport et n'être pas nul sous un autre rapport (1). Il faut voir quel est le but de la loi en le prohibant. Si l'acte ne produit pas l'effet que la loi a voulu empêcher, le but est atteint; l'acte ne laissera pas de produire d'autres effets que la loi n'a pas voulu empêcher, qu'elle a voulu au contraire admettre. Le mariage est prohibé entre parents et alliés au degré déterminé par la loi. Il est défendu à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration d'un mariage incestueux. Si néanmoins il le célèbre et s'il naît des enfants de cette union, leur filiation sera constatée par l'acte de naissance, combiné avec le jugement d'annulation, parce que l'annulation du mariage n'empêche pas que le fait de la naissance ne soit constant et même la filiation. Tout est illégal, la célébration du mariage et par suite la déclaration de naissance de l'enfant incestueux; toutefois, il sera prouvé qu'un enfant est né de cette union illégale. Pourquoi n'en serait-il pas de même de l'acte de reconnaissance? Il est illégal, il est nul. Pourquoi? Parce que la loi ne veut pas que l'inceste et l'adultère soient révélés, affichés en quelque sorte; elle ne veut pas que jamais la reconnaissance ait cet effet que l'enfant puisse réclamer une filiation en vertu de cet acte. Cet effet est produit par la nullité de l'acte. Mais la loi a beau dé-

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Filiation*, § IV (t. VII, p. 293 et suiv.)

clarer l'acte nul, il reste l'aveu d'un fait; peut-elle faire que ce qui a été avoué n'ait pas été avoué? Tout ce qu'elle peut faire, c'est de défendre à l'enfant de se prévaloir de cet acte, en portant un nom qui serait l'étalage de l'adultère ou de l'inceste. Qu'après cela cet enfant demande des aliments, la loi les lui accorde comme conséquence de l'aveu fait par les père et mère. Est-ce favoriser la reconnaissance? Loin de là! Car la reconnaissance empêchera l'enfant de recevoir une libéralité quelconque. Au contraire, la nullité absolue favorise la reconnaissance, en ce sens qu'elle permet au père de braver la loi sans qu'il en résulte aucun préjudice pour l'enfant. Il aura produit au grand jour sa honte ou son crime, et néanmoins il pourra laisser toute sa fortune à cet enfant, fruit de l'inceste ou de l'adultère. Là serait le scandale! Là serait la violation de l'esprit de la loi! La nullité absolue est donc en opposition avec le vœu du législateur. Cela est décisif.

§ II. *Application des principes.*

N° 1. RECONNAISSANCE D'UN ENFANT ADULTÉRIN.

142. La loi prohibe la reconnaissance d'un enfant adultérin. Cela suppose que l'acte même prouve l'adultérinité. Si donc une mère libre reconnaît l'enfant auquel elle a donné le jour, sans indiquer le père, que nous supposons marié, la reconnaissance sera valable. C'est, en apparence du moins, la reconnaissance d'un enfant naturel simple. Pour prouver qu'il est adultérin, on devrait rechercher la paternité; or, la recherche de la paternité est interdite contre l'enfant aussi bien qu'en sa faveur (1).

143. Mais si la mère, en reconnaissant l'enfant, désigne comme père un homme marié, la reconnaissance sera nulle. En effet, c'est l'aveu d'une filiation adultérine; or, la loi prohibe cet aveu, cet étalage du crime. On objecte que la mère n'a pas le droit de déclarer le nom du père,

(1) Voyez, plus bas, n° 154, p. 223.

que l'officier de l'état civil ne doit pas recevoir cette déclaration, et que s'il la reçoit, elle ne fera aucune preuve. Certes, elle ne fera pas preuve contre le père, ainsi l'enfant ne pourra pas réclamer d'aliments contre le père, puisque le père n'a fait aucun aveu, et la mère n'avait pas le droit d'en faire un pour lui. Mais il ne s'agit pas de savoir quelle est la force probante de cet aveu ou de cette déclaration. La mère a-t-elle fait l'aveu d'une filiation adultérine? Telle est la seule question à décider : question de fait qui se décide par la lecture de l'acte. Eh bien, cet aveu, la loi le prohibe et elle le frappe de nullité (1).

144. Que faut-il décider si c'est le père marié qui reconnaît l'enfant en indiquant comme mère une femme libre? La cour de cassation a décidé que la reconnaissance était nulle, quant au père, pour vice d'adultérinité. C'est, au fond, la même question que celle que nous venons d'examiner; car, dans notre opinion, le père n'a pas le droit d'indiquer la mère sans son aveu, c'est-à-dire sans un pouvoir émané d'elle. On sait que la jurisprudence est contraire. Dans l'espèce, la mère n'avait pas donné pouvoir au père, mais elle avait élevé l'enfant, et cette possession d'état a été considérée comme un aveu. La cour de cassation en a conclu que la reconnaissance était valable quant à la mère (2). Cela est plus que douteux. Si la mère reconnaissait un enfant en déclarant comme père un homme marié, lequel lui-même reconnaît l'enfant, ne serait-ce pas là l'aveu d'une filiation adultérine? Or, dans l'espèce, l'aveu de la mère tient lieu de reconnaissance, c'est donc la reconnaissance d'un enfant adultérin. On ne pourrait le décider autrement qu'en considérant la reconnaissance du père comme non existante. Nous avons repoussé le principe, dès lors nous devons repousser les conséquences qui en dérivent.

145. Si les père et mère reconnaissent l'enfant dans un

(1) Demolombe, t. V, p. 585, n° 575. En sens contraire, Allard, p. 126, n° 118. Notre opinion est consacrée par la jurisprudence. Voyez les arrêts cités plus bas, n° 148, en matière de filiation incestueuse. Les motifs s'appliquent identiquement à la filiation adultérine.

(2) Arrêt du 7 janvier 1852 (Dalloz, 1852, 1, 75).

seul et même acte, l'un des parents étant marié et l'autre libre, la reconnaissance sera-t-elle nulle à l'égard de l'un et de l'autre? La solution dépend de l'opinion que l'on admet sur la nullité de la reconnaissance. Elle est certainement nulle à l'égard de celui des père et mère qui est marié; si la nullité veut dire que la reconnaissance est non avenue, il n'en faut tenir aucun compte, pas plus que si elle n'existait pas; d'où résulte que la reconnaissance sera valable à l'égard de celui des père et mère qui est libre (1). Il nous semble que la conséquence témoigne contre le principe d'où elle découle. Nous supposons, et cela est arrivé, que les père et mère déclarent expressément que les enfants qu'ils reconnaissent sont adultérins. Ils font donc ce que la loi défend, ils proclament leur crime dans un acte authentique, et néanmoins cette reconnaissance donnera une filiation à l'enfant à l'égard de celui de ses père et mère qui était libre lors de sa conception! C'est se prévaloir de la rigueur de la loi pour aboutir à un résultat tout opposé, à un véritable relâchement moral. L'opinion contraire est généralement suivie, et elle est consacrée par la jurisprudence (2). Dans notre opinion, la question n'est pas même douteuse. La mère est-elle libre et le père marié, la mère en reconnaissant l'enfant comme né d'un père marié, fait l'aveu d'une maternité adultérine; cet aveu est prohibé; donc la reconnaissance est nulle et l'enfant n'a aucune filiation.

146. La reconnaissance se fait par actes séparés, l'un des père et mère étant marié, l'autre libre. L'opinion commune est que dans ce cas il faut diviser les deux actes, c'est-à-dire annuler la reconnaissance à l'égard de celui qui est marié, et la maintenir à l'égard de celui qui est libre, sans distinguer si c'est la première qui est nulle ou si c'est la seconde : celle qui est valable, dit-on, ne peut pas être viciée par celle qui est nulle (3). Il nous semble

(1) C'est l'opinion d'Allard, p. 125, n° 117. Comparez Duranton, t. III, p. 203, n° 202.
(2) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 718.
(3) Demolombe, t. V, p. 586, n° 577. Duranton, t. III, p. 203, n°s 205 et 206. Zachariæ, t. IV, p. 89, note 3.

qu'il y a doute. Supposons que le père marié reconnaisse un enfant né d'une femme libre. La reconnaissance est nulle. Après cela, la mère reconnaît cet enfant sans déclarer le père; cette dernière reconnaissance ne se lie-t-elle pas à la première? Vainement la mère ne nomme-t-elle pas le père, il s'est nommé lui-même. Si l'on admet que la reconnaissance du père est non avenue, alors évidemment elle ne vicie pas celle de la mère. Dans l'opinion que nous avons professée, l'aveu de la paternité subsiste, dès lors il résulte de la combinaison des deux actes de reconnaissance que l'enfant reconnu par la mère libre est adultérin; la reconnaissance qu'elle fait est donc nulle (1). Nous le déciderions même ainsi si la mère avait commencé par reconnaître l'enfant, et si ensuite il était reconnu par un père marié. La reconnaissance de la mère était valable, il est vrai; mais pourquoi? Parce qu'on ignorait le vice d'adultérinité. Ce vice est constaté par la reconnaissance du père; quoique nul, l'aveu de paternité subsiste; il est donc prouvé que la mère a reconnu un enfant dont un homme marié s'est déclaré le père : c'est dire qu'elle a reconnu un enfant adultérin. La décision de la question dépend donc du principe que l'on admet sur la nullité de la reconnaissance. Notre interprétation est rigoureuse. N'est-elle pas, par cela même, conforme à l'esprit de la loi? L'opinion contraire aboutit à donner un état à un enfant adultérin, ce que la loi ne veut pas.

N° 2. RECONNAISSANCE D'UN ENFANT INCESTUEUX.

147. Un enfant né d'un commerce incestueux n'est reconnu que par l'un des père et mère, de sorte que rien ne revèle le vice d'inceste. La reconnaissance sera valable. Ce sera en apparence un enfant naturel simple, et il jouira de tous les droits d'un enfant naturel; les héritiers de celui

(1) On peut citer en faveur de cette opinion l'arrêt de Bastia du 18 août 1845 (Dalloz, 1845, 2, 135). Le père avait reconnu l'enfant en indiquant comme mère une femme mariée. Celle-ci reconnut ensuite l'enfant dans son contrat de mariage. La cour décida que la reconnaissance était nulle à l'égard du père.

qui l'a reconnu ne seraient pas admis à prouver qu'il est incestueux, car la loi prohibe la recherche de la filiation incestueuse (art. 342). Vainement dirait-on que c'est violer la loi dans son esprit. Non, car l'inceste reste caché, légalement il n'y en a pas; et dans l'intérêt des mœurs, la loi ne veut pas qu'on en établisse l'existence (1).

148. Le père reconnaît un enfant naturel dans son acte de naissance; il déclare comme mère une femme qui est sa belle-sœur, mais sans l'aveu de celle-ci. On demande si c'est là la reconnaissance d'un enfant incestueux. La cour de Bourges a décidé la question négativement; son arrêt a été cassé, et avec raison (2). Il est certain que si le père avait reconnu l'enfant comme étant né du commerce incestueux avec sa belle-sœur, cette reconnaissance eût été frappée de réprobation et de nullité. Eh bien, la reconnaissance, dans l'espèce, est en réalité celle d'une filiation incestueuse, puisque la mère déclarée par le père était sa belle-sœur. A cela la cour de Bourges objecte que la déclaration du nom de la mère avait été faite, non dans le but de révéler l'inceste, mais pour obéir à la loi qui veut que le nom de la mère soit déclaré par le comparant; que cette déclaration ne prouvant pas la filiation maternelle, il ne reste que la simple reconnaissance d'un enfant naturel. La cour de cassation répond, et la réponse est péremptoire, que peu importe dans quelle intention le nom de la mère est déclaré, que de fait il est mentionné dans l'acte même qui contient la reconnaissance; que dès lors on ne peut scinder l'acte, le déclarer valable comme reconnaissance d'un enfant, sans tenir compte de la déclaration qui prouve l'inceste; que peu importe encore que l'indication de la mère, sans son aveu, ne prouve pas la maternité; qu'il ne s'agit pas de savoir quelle est la force probante de cette déclaration à l'égard de la mère; qu'à l'égard du père elle établit l'inceste, ce qui suffit pour annuler la reconnaissance.

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 197, nº 197.
(2) Bourges, 12 juillet 1859 (Dalloz, 1859, 2, 209) et cassation, 1er mai 1861 (Dalloz, 1861, 1, 241). Sur le renvoi, arrêt conforme de Limoges du 19 mars 1862 (Dalloz, 1862, 2, 72).

On a encore fait une autre objection. La mère n'était pas désignée dans l'acte comme la belle-sœur du déclarant; la cour a donc dû constater l'identité; or, rechercher l'identité, n'est-ce pas rechercher la maternité incestueuse, malgré la prohibition de la loi? Non, dit la cour de cassation. Quand la mère est désignée dans l'acte uniquement par ses nom et prénoms, il y a lieu, en cas de doute, de rechercher si la femme de ce nom est bien celle qui est parente du déclarant. Cette vérification d'identité ne constitue pas une recherche de maternité incestueuse, puisqu'elle a pour but unique de déterminer la signification de la déclaration du père et le caractère qu'il a donné lui-même à sa paternité. S'il en était autrement, ajoute l'arrêt, rien ne serait plus facile que d'éluder la prohibition et la nullité de la reconnaissance d'un enfant incestueux; les père et mère le reconnaîtraient au mépris de la loi, en ayant soin de ne pas indiquer le lien de parenté qui les unit; mais ce lien de parenté étant public, il y aurait violation flagrante de la loi et impunité. Cela est inadmissible (1).

149. La reconnaissance d'un enfant incestueux est faite par les père et mère. Il y a un cas dans lequel la nullité est évidente, c'est quand l'enfant est reconnu dans un seul et même acte par son père et par sa mère, parents ou alliés au degré prohibé par la loi. On ne peut plus dire ici, comme en cas d'adultère, que l'un des père et mère étant libre, la reconnaissance est valable à son égard, la nullité de l'autre étant radicale. Dans l'espèce, l'inceste est prouvé par l'acte même de reconnaissance à l'égard des père et mère (2). Il en serait ainsi, alors même que les père et mère auraient évité d'indiquer le lien qui les unit. On appliquerait, en ce cas, la doctrine de la cour de cassation que nous venons d'exposer. L'identité pourrait être constatée sans qu'il y eût recherche de filiation incestueuse.

(1) Jugé dans le même sens par un second arrêt de la cour de cassation du même jour, qui confirme un arrêt de Bordeaux du 17 novembre 1859 (Dalloz, 1860, 2, 48, et 1861, 1, 244).

(2) C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Duranton (Demolombe, t. V, p. 587, n° 579. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 90).

La reconnaissance se fait par actes séparés. On convient que les deux actes ne peuvent être maintenus, puisque réunis ils prouveraient l'inceste, et par suite les deux reconnaissances seraient viciées. Mais l'une des reconnaissances au moins est-elle valable, et laquelle? Il y a sur cette question un vrai chaos d'opinions. L'un donne le choix à l'enfant; opinion que tous les autres déclarent inadmissible, et avec raison. Les éditeurs de Zachariæ disent que la première reconnaissance est toujours valable, puisqu'elle ne révèle pas l'inceste; c'est la seconde qui constate le vice et, qui par conséquent est nulle (1). Sans doute, la première est valable, mais pourquoi? Parce que l'inceste est ignoré; mais si une seconde reconnaissance révèle l'inceste, la première peut-elle encore subsister? A notre avis, non. Les deux reconnaissances n'en font réellement qu'une seule, car elles constatent une seule et même filiation. Il est vrai que la seconde est nulle; si l'on admet que la nullité est radicale en ce sens que l'acte est considéré comme non avenu, la décision est très-simple et très-logique; cette seconde reconnaissance n'existe pas, par cela seul la première est maintenue. Nous n'admettons pas le principe, donc nous devons rejeter la conséquence. Bien que nulle, la seconde reconnaissance vaut comme aveu de paternité; dès lors le vice de la première reconnaissance éclate et partant elle est nulle.

Duranton a un autre système : il donne la préférence à la reconnaissance de la mère, parce que celle-là seule est certaine, celle du père pouvant être fausse (2). Cela s'appelle à la lettre faire la loi, car c'est établir une présomption de sincérité et une présomption de fausseté; or, le législateur seul peut établir des présomptions. L'interprète doit décider la question par des principes de droit et non par des probabilités de fait. Si c'est le fait qui décide, il faut conclure avec M. Demolombe que les magistrats apprécieront (3). Nous demandons à quoi bon alors la

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 90, suivi par Allard, p. 126, n° 121.
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 197, n°s 198 et 199.
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 588, n° 580.

science du droit? Il faut choisir, entre la nullité des deux reconnaissances, et la validité de la première. L'une et l'autre opinion sont juridiques, parce qu'elles procèdent d'un principe. C'est entre les deux principes qu'il faut se décider : la reconnaissance est-elle non existante, Zachariæ a raison : la reconnaissance vaut-elle comme aveu de l'inceste, alors c'est notre opinion que l'on doit suivre. Nous donnons la préférence à la nullité des deux reconnaissances, parce qu'elle punit le scandale et le prévient par conséquent, autant qu'il est possible de le prévenir. Tandis que si l'on maintient l'une des deux reconnaissances, on permet aux parents d'étaler impunément leurs relations incestueuses, pourvu qu'ils aient soin de ne pas le faire dans un seul et même acte. L'enfant, quoique incestueux, aura une filiation, ce qui est contre l'esprit de la loi, et de plus il pourra recueillir comme légataire tous les biens de celui qui aura fait étalage de son infamie, ce qui conduit encore à la violation de la loi. Dès que l'inceste est révélé, l'enfant doit être traité comme incestueux : pas de filiation, rien que des aliments.

N° 3. RECHERCHE DE LA FILIATION ADULTÉRINE OU INCESTUEUSE.

150. L'article 342 porte : « Un *enfant* ne sera jamais admis à la recherche, soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise. » Si l'on s'en tenait à la lettre de cette disposition, on pourrait croire que la défense de rechercher la filiation incestueuse ou adultérine ne concerne que l'enfant. Il est évident que tel n'est pas le sens de la loi ; il suffit de rapprocher l'article 342 de l'article 335 pour s'en convaincre. L'article 335 pose comme principe que la filiation adultérine ou incestueuse ne peut jamais être établie par une reconnaissance volontaire. Si la reconnaissance est prohibée, la recherche doit aussi l'être, car il s'agit d'un seul et même fait, d'une filiation viciée par une action criminelle ou honteuse. Y aurait-il moins de scandale dans une recherche que dans une reconnaissance? Il y en aurait bien plus à cause de la publicité des

poursuites judiciaires. La recherche devait donc être prohibée d'une manière aussi absolue que la reconnaissance volontaire. Si la loi ne parle que de l'enfant, c'est qu'elle prévoit le cas le plus ordinaire ; l'enfant étant le principal intéressé, c'est lui qui le plus souvent serait dans le cas d'intenter l'action si la loi le permettait ; c'est aussi lui dont le droit serait le plus sacré, si le législateur n'avait cru devoir sacrifier le droit des individus à l'intérêt général, lequel est aussi un droit, puisqu'il s'agit de sauvegarder la moralité publique.

Le principe est donc que la recherche de la paternité et de la maternité adultérine ou incestueuse ne pourra avoir lieu. Ce sont les termes de l'article 335. La prohibition est absolue ; quand même l'objet direct de l'action ne serait pas la recherche d'une filiation incestueuse ou adultérine, l'action devrait être repoussée si elle avait pour résultat de constater une filiation pareille ; car c'est le fait immoral ou criminel dont la loi prohibe la constatation judiciaire. Il y a plus, la recherche ne se conçoit qu'indirecte et cachée en quelque sorte; la recherche directe et patente est impossible, puisqu'elle supposerait une ignorance ou un mépris de la loi que l'on ne peut supposer. Le demandeur aura toujours soin de déguiser le véritable objet de sa demande. Il en résulte qu'il est parfois difficile de démêler la vraie vérité. Nous allons parcourir quelques espèces qui ont donné lieu à controverse.

151. La mère reconnaît sa fille naturelle, avec indication du père. Celui-ci la reconnaît implicitement par contrat de mariage, en lui constituant une dot ; il lui laisse en mourant toute sa succession par voie de fidéicommis. L'enfant naturel réclame ensuite pour mère une femme mariée, non pas comme mère adultérine, mais comme mère légitime. En apparence, il s'agissait de la preuve d'une filiation légitime, fondée sur l'article 323. En réalité, l'action tendait, dans ses résultats, à constater une filiation adultérine. En effet, la reconnaissance du père naturel prouvait la filiation paternelle ; il eût fallu la contester et en demander la nullité avant de rechercher une mère qui ne pouvait être légitime que si la reconnaissance du père

naturel tombait. Celle-ci subsistant, la demande, si elle avait réussi, aurait abouti à établir une maternité adultérine. Dès lors elle devait être rejetée. La question est décidée en ce sens par la jurisprudence (1). On a objecté devant la cour de cassation que l'enfant légitime avait toujours le droit de prouver sa légitimité en établissant qu'il est né d'une femme mariée, ce qui lui permet d'invoquer la présomption *pater is est*, et fait tomber par conséquent la reconnaissance du prétendu père naturel. La cour suprême a jugé qu'il appartient aux cours royales d'apprécier la reconnaissance du père; que si elle est reconnue sincère, on ne peut plus admettre l'enfant à réclamer pour mère une femme mariée, puisque la réclamation, en la supposant fondée, aboutirait à constater une filiation adultérine.

152. Ce conflit entre la filiation légitime, qui est l'objet apparent de l'action et la filiation adultérine qui en serait le résultat, se présente encore dans un autre cas. L'enfant, inscrit comme né de père et mère inconnus, demande à prouver qu'il a pour mère une femme mariée. Il est dans son droit s'il a un commencement de preuve par écrit. Mais si les faits qu'il articule pour prouver la maternité établissent en même temps qu'il n'est pas l'enfant du mari de sa mère, les juges pourront-ils accueillir la demande? Non, car ce serait accueillir une preuve d'où résulterait la constatation d'une filiation adultérine; or, toute recherche même indirecte de la maternité adultérine est interdite (2).

153. Le principe qui prohibe toute action dont le résultat serait de constater une filiation adultérine, reçoit exception quand c'est le mari qui intente l'action en désaveu d'un enfant conçu pendant le mariage. Son action implique l'adultère, mais c'est son droit de rejeter de la famille un enfant adultérin. L'action en désaveu peut aussi

(1) Bordeaux, 25 mai 1848 (Dalloz, 1848, 2, 169) et Poitiers, 1er mai 1861, confirmé par arrêt de la cour de cassation du 18 novembre 1862 (Dalloz, 1863, 1, 335).
(2) Arrêt de Poitiers du 27 juillet 1847, confirmé par arrêt de la cour de cassation du 1er mai 1849 (Dalloz, 1849, 1, 198).

se trouver en conflit avec un acte de reconnaissance. Un enfant naturel est reconnu par son père sans indication de la mère; puis une action en désaveu est dirigée contre cet enfant. D'après la jurisprudence, le désaveu est recevable, bien que l'enfant ne réclame point, bien qu'il ne soit pas même inscrit sous le nom de sa mère. Mais, dans l'espèce, il y avait un autre obstacle, la reconnaissance du père naturel. Cette reconnaissance ne devait-elle pas être contestée et annulée avant l'action en désaveu? Non, car le désaveu et la reconnaissance étaient très-compatibles, vu que l'enfant était précisément le fruit de l'adultère, et le complice était l'auteur de la reconnaissance. Celui-ci intervint au procès et demanda que sa reconnaissance fût jugée bonne, sincère et sans fraude. Le tribunal écarta cette demande en vertu de l'article 342. En effet, si le désaveu était admis, il en résultait que l'enfant était adultérin, et par suite la reconnaissance était frappée de nullité (1).

154. En dehors du désaveu, la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut être contestée par le motif qu'il est adultérin, car cette contestation aurait pour objet direct la recherche d'une filiation adultérine (2).

Par application du même principe, il faut décider que si un enfant naturel non reconnu est institué légataire universel par son père ou par sa mère, les héritiers ne seront pas admis à prouver qu'il est adultérin ou incestueux pour le réduire aux aliments. Car leur action aurait aussi pour objet direct la recherche d'une filiation adultérine ou incestueuse, et cette recherche ne peut jamais avoir lieu, pas plus contre l'enfant qu'à son profit. Il est vrai qu'il résultera un grave inconvénient de cette défense; c'est qu'un enfant adultérin ou incestueux qui, d'après la loi, ne peut recevoir que des aliments, recueillera toute l'hérédité. N'est-ce pas favoriser la fraude et la violation de la loi? A vrai dire, il n'y a pas de fraude ni de loi violée. C'est le législateur lui-même qui, dans un intérêt de mo-

(1) Paris, 21 février 1863 (Dalloz, 1863, 2, 37).
(2) Aix, 30 mai 1866 (Dalloz, 1866, 2, 203).

ralité publique, défend de rechercher la filiation adultérine ou incestueuse d'un enfant. Cette prohibition, nous la supposons respectée, il n'y a pas de reconnaissance. Dès lors, aux yeux de la loi, il n'y a ni inceste ni adultère. Légalement, l'enfant non reconnu peut recueillir toute l'hérédité. C'est un mal, sans doute, mais entre deux maux, le législateur a choisi le moindre. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes (1). Il en est ainsi, quel que soit l'objet du litige. Une donation est faite par un homme marié à une femme. Les héritiers prétendent que la femme est personne interposée pour faire parvenir la libéralité à un enfant né de leur commerce adultérin. Cette demande doit être repoussée, puisqu'elle tendrait à rechercher une filiation adultérine (2).

§ III. *Conséquences.*

155. La loi prohibe la reconnaissance et la recherche d'une filiation adultérine ou incestueuse. En faut-il conclure que de quelque manière que cette filiation soit constatée, elle ne peut jamais être invoquée ni contre lui, ni à son profit? C'est une question très-controversée et très-douteuse. Il y a un cas dans lequel il n'y a aucune difficulté. Un jugement constate qu'un enfant naturel est né du commerce de deux personnes. Puis on produit un acte authentique qui établit que le père était marié à l'époque de la conception de l'enfant. Ces deux actes, le jugement et le mariage, prouvent que l'enfant est adultérin. Par suite la donation faite à cet enfant par son père ne peut valoir que comme une créance alimentaire. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce où la mère elle-même attaquait la donation, comme étant faite à un enfant adultérin. On objectait que la loi défendant de constater la filiation adultérine, elle défendait par cela même de la constater

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Paternité*, § I (t. XI, p. 196). Besançon, 20 février 1844 (Dalloz, 1845, 4, 277) et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, nos 519 et 711.
(2) Lyon, 22 janvier 1856 (Dalloz, 1856, 2, 256).

d'une façon quelconque. La réponse était facile ; il suffisait de citer les textes ; ce que la loi prohibe, c'est de reconnaître un enfant adultérin ou de rechercher sa filiation en justice. Dans l'espèce, il n'y avait ni reconnaissance ni recherche. L'adultérinité résultait d'actes authentiques. Dès lors elle devait être considérée comme constante et par suite elle viciait la donation (1).

156. S'il y a eu reconnaissance explicite ou implicite d'un enfant adultérin ou incestueux, cet acte pourra-t-il être opposé à l'enfant ou être invoqué par lui? Ici revient la question que nous avons discutée plus haut (n° 141) sur le caractère de la nullité. Si l'on admet que la reconnaissance est considérée comme non avenue, il n'y a plus de difficulté. La reconnaissance n'existe pas aux yeux de la loi; donc on n'en tient aucun compte. Supposons qu'un enfant ait été reconnu par un homme marié comme étant né de lui et d'une autre femme que son épouse, cet enfant pourra rechercher comme mère cette même femme. On ne peut lui opposer la reconnaissance de son père, car cette reconnaissance n'existe pas, légalement parlant. C'est donc un enfant qui recherche comme mère une femme libre, et qui, si la recherche est admise, jouira de tous les droits d'un enfant naturel (2). Dans notre opinion, la reconnaissance est nulle, en ce sens qu'elle ne donne pas de filiation à l'enfant naturel, mais elle subsiste comme aveu de paternité adultérine, et en présence de cet aveu, l'enfant ne peut pas rechercher sa mère. On objecte que cette reconnaissance peut ne pas être sincère ; cela est vrai ; en ce cas, l'enfant la pourra contester, non comme illégale, cela serait inutile, mais comme fausse.

Laquelle de ces deux opinions est la plus conforme au texte et à l'esprit de la loi? La loi ne veut pas que jamais un enfant né d'un commerce adultérin puisse être reconnu. Cependant voici un enfant déclaré adultérin dans un acte authentique, et qui, d'après toutes les probabilités, est adultérin ; vainement la loi prohibe-t-elle cette reconnais-

(1) Arrêt de la cour de cassation du 12 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 53).
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 89, § 572, note 2.

sance, l'aveu est fait et l'opinion publique le confirmera, le maintiendra malgré son illégalité. Et cet enfant peut braver la loi, braver la moralité publique, en venant réclamer pour mère la femme qui notoirement est complice de l'adultère! Certes, cela est contraire à l'esprit de la loi. Quant au texte, il ne dit autre chose, sinon que la reconnaissance ne peut donner de filiation à l'enfant adultérin, c'est-à-dire que cet enfant ne peut jamais avoir de filiation. Pour que ce but soit atteint, il faut que la reconnaissance subsiste comme aveu d'un fait, et que par suite elle empêche l'enfant de réclamer une maternité qui est en réalité adultérine.

La cour de cassation a décidé, dans le sens de l'opinion générale, que la reconnaissance du père ne pouvait être opposée à l'enfant dont la filiation maternelle était constante : le seul motif qu'elle donne, c'est que la reconnaissance du père adultère ne peut pas nuire à l'enfant, puisqu'elle est absolument interdite par la loi (1).

157. La reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux peut-elle être invoquée contre l'enfant pour réduire les donations ou les legs qui lui ont été faits? C'est toujours d'après le principe que l'on suit sur la valeur de la reconnaissance que la question doit être décidée. Est-elle non avenue, ne produit-elle aucun effet, alors il est évident qu'elle ne peut être opposée à l'enfant, car l'enfant n'est pas, légalement, adultérin ni incestueux. Que si, au contraire, la reconnaissance subsiste comme aveu d'un fait, on peut opposer ce fait à l'enfant pour faire réduire les libéralités qu'il a reçues de celui-là même qui a avoué sa paternité. Nous demanderons encore une fois laquelle des deux opinions est la plus conforme au texte et à l'esprit de la loi. Les auteurs et les tribunaux sont divisés; c'est l'opinion favorable à l'enfant qui est le plus généralement suivie (2).

Les motifs de douter ne manquent point. Peut-on scin-

(1) Arrêt du 11 novembre 1819 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 719).

(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, § 572, p. 90, note 4. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 725. Il faut ajouter deux arrêts de la cour de Bruxelles du 14 juillet 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 216) et du 3 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 269).

der la reconnaissance? l'annuler comme titre de filiation et la maintenir comme aveu de paternité? Telle est la difficulté juridique. Merlin répond que l'article 335 ne doit pas être isolé des articles 908 et 762 (1). La loi accorde des aliments aux enfants adultérins et incestueux, et elle ne veut pas qu'ils reçoivent davantage par donation ou par testament. Ces dispositions resteront à peu près une lettre morte, si l'on admet que la reconnaissance ne peut être opposée aux enfants incestueux ou adultérins. En effet, ce n'est que dans des cas très-rares que la filiation incestueuse ou adultérine sera constatée par des jugements. Il faut donc interpréter l'article 335 de manière à ne pas annuler l'article 908. Or, c'est l'annuler que de dire que le père, après avoir reconnu l'enfant, fruit de l'adultère ou de l'inceste, pourra néanmoins lui donner tous ses biens. C'est en même temps violer l'esprit de la loi. Elle ne veut pas que les enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux reçoivent plus que des aliments. Eh bien, le père commencera par braver la prohibition de l'article 335, il affichera son crime ou son infamie, puis il bravera encore la loi en laissant tous ses biens à celui-là même qu'il a publiquement proclamé adultérin ou incestueux. Vainement dit-on que l'enfant ne recueillera pas les biens de son père en qualité d'adultérin ou d'incestueux, puisque légalement il n'a pas cette qualité. Qu'importe que la reconnaissance soit illégale? Il n'en reste pas moins constaté authentiquement qu'un enfant est né de relations adultérines ou incestueuses, et que ce même enfant recueille tous les biens de son père. On objecte contre notre opinion le scandale des débats qui peuvent s'élever sur la paternité ou la maternité adultérine ou incestueuse. Peut-il y avoir un plus grand scandale que celui d'un homme qui, au mépris de la loi, reconnaît l'enfant adultérin ou incestueux, et qui ensuite, au mépris de la loi, lui laisse sa fortune!

Il y a des arrêts favorables à notre opinion (2). Le rap-

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Filiation*, § IV (t. VII, p. 293 et suiv.).

(2) Dalloz, au mot *Paternité*, n° 724. Voyez surtout un arrêt fortement motivé de la cour de Toulouse, du 5 mars 1827 (*ibid.*, p. 423).

port du tribun Siméon sur le titre des Successions la consacre d'une manière formelle. « Un homme, dit-il, aura signé comme père un acte de naissance, sans faire connaître qu'il est marié à une autre femme que la mère du nouveau-né ou que la mère est sa sœur ; il aura voulu faire fraude à la loi ; l'enfant se présentera dans la succession pour y exercer les droits d'un enfant naturel ; on le repoussera par la preuve qu'il est né d'un père qui ne pouvait légalement l'avouer (1). » A plus forte raison doit-il être repoussé, si le père l'a reconnu comme fruit de l'adultère ou de l'inceste.

158. La reconnaissance de l'enfant adultérin ou incestueux et la libéralité qui lui est faite se trouvent dans un seul et même acte. Est-ce que, dans ce cas, l'enfant peut demander l'exécution des libéralités? La doctrine et la jurisprudence sont divisées sur cette question comme sur toutes celles qui concernent les effets de la reconnaissance volontaire d'une filiation adultérine ou incestueuse (2). Chose singulière, la cour de cassation, qui s'est toujours prononcée pour la nullité radicale de la reconnaissance, a jugé, dans l'espèce, que la reconnaissance vicie la libéralité. Cela est illogique. Si la reconnaissance est non avenue, si elle n'existe pas aux yeux de la loi, qu'importe dans quel acte elle se fait et quand elle se fait? Ce sera toujours le néant, et le néant peut-il constituer un vice? Le néant peut-il être une cause de nullité? Cela prouve que la jurisprudence n'a pas de principe certain, pour mieux dire, elle a reculé devant les conséquences du principe qu'elle suit d'ordinaire. Les motifs donnés par la cour de cassation ne justifient pas son inconséquence. Elle commence par dire que la cause illicite vicie les libéralités, et que, dans l'espèce, il y a cause illicite, puisque l'article 335, qui défend de reconnaître les enfants adultérins ou incestueux, a pour but évident le maintien des bonnes mœurs et le respect de l'ordre public que blessent essentiellement de semblables reconnaissances. Supposons qu'il y ait cause illicite

(1) Locré, *Législation civile*, t. V, p. 137, n° 25 (séance du Corps législatif du 29 germinal an XI).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 731.

dans une libéralité faite à un enfant adultérin, il faudrait au moins que cette cause illicite fût légalement établie. Or, d'où résulte-t-elle? D'une reconnaissance volontaire. La cour oublie que, dans sa doctrine, la reconnaissance ne produit *aucun effet*, qu'elle est comme non avenue; donc il n'y a pas de vice d'adultérinité et partant la libéralité est valable. La cour ajoute, et ici l'inconséquence est flagrante, que la prohibition portée à l'article 335 ne peut donner à l'enfant adultérin la capacité de recevoir au delà des aliments que l'article 762 lui accorde; que ce serait établir une contradiction manifeste dans l'objet et l'esprit de ces deux articles, et introduire dans la loi une anomalie choquante que sa sagesse désavoue (1). On ne peut pas mieux dire, mais on peut dire identiquement la même chose pour combattre la doctrine de la cour sur la nullité radicale de la reconnaissance, nullité qui aboutit à rendre l'enfant adultérin capable de recueillir tous les biens de celui qui l'a reconnu.

Nous admettons aussi que la reconnaissance vicie la libéralité, mais en partant du principe que la reconnaissance, quoique prohibée, vaut comme aveu de la paternité, et peut, comme tel, être opposée à l'enfant. Dans l'espèce, l'aveu de celui qui reconnaît l'enfant a une force singulière; il est, en réalité, la cause de la libéralité. Vainement dit-on que cette cause est censée ne pas exister (2), qu'elle doit donc être effacée. Cela est très-juridique si l'on admet que la reconnaissance est non existante; mais cela est aussi très-immoral, comme le dit la cour de cassation, et cela est en contradiction avec les articles 762 et 908. Dans notre opinion, toutes les dispositions du code s'harmonisent. L'article 335 prohibe la reconnaissance; donc l'enfant, bien que reconnu, n'aura pas de filiation. L'article 908 défend de donner à l'enfant adultérin plus que les aliments; puisque le père a lui-même avoué l'adultère, il ne pourra, à raison de cet aveu, donner ses biens à l'enfant. La morale

(1) Arrêt de la cour de cassation du 4 janvier 1832 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 731, 1°).
(2) C'est l'opinion de Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, § 572, p. 93 et note 7.

sera respectée, puisque l'aveu public de l'adultère est réprouvé en ce sens qu'il tournera contre l'enfant.

159. On fait une objection spécieuse contre cette opinion. Nous venons de dire que la reconnaissance est la cause de la libéralité. Cette cause est illicite, dit-on, puisque la loi réprouve la reconnaissance pour des motifs de moralité publique. La cause étant illicite, il faut dire que la libéralité est nulle pour le tout et qu'on ne peut pas même la maintenir dans les limites d'une créance alimentaire. Nous croyons que l'objection fait une fausse application des principes qui régissent la cause. D'abord il ne peut être question de cause, dans le sens légal du mot, quand la libéralité est faite par testament. Il n'y a qu'une seule disposition du code civil qui parle de la cause; l'article 1108 exige une cause licite comme condition de validité des obligations conventionnelles; or, le legs n'est pas une obligation. Restent les donations : ici on peut appliquer l'article 1108, puisque la donation est un contrat. Naît donc la question de savoir si la reconnaissance constitue une cause illicite dans la donation faite à l'enfant adultérin ou incestueux. Il faut distinguer. La cause de la donation est illicite, d'après l'article 1133, quand le motif juridique pour lequel elle est faite est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, ou prohibé par la loi. Quel est le motif juridique d'une donation? L'affection du donateur pour le donataire. Ce motif devient-il illicite quand l'affection résulte d'une paternité adultérine ou incestueuse? Oui, en ce sens que le père ne peut, par affection pour son enfant, lui donner tous ses biens. Mais la loi permet à l'enfant de recevoir des aliments; cette cause-là, loin d'être prohibée par la loi, est reconnue par la loi ; elle n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public, puisque c'est l'accomplissement d'un devoir que la nature impose au père. Nous aboutissons de nouveau à la conséquence que la reconnaissance ne vicie la libéralité qu'en tant qu'elle excède les aliments.

160. Dans l'opinion qui admet la validité des donations, alors même qu'il y aurait reconnaissance, la question de savoir si la cause est illicite a une grande im-

portance; la validité de la donation en dépendra. La jurisprudence est hésitante. Il y a des arrêts qui admettent que l'adultérinité vraie ou supposée est une cause illicite qui vicie la donation (1). Cela nous paraît trop absolu; l'adultérinité n'est une cause que si elle est légalement établie, il ne peut donc pas s'agir d'une adultérinité supposée. Et quand l'adultérinité est-elle légalement établie? C'est toujours la même question qui se représente, celle de la nullité de la reconnaissance. Si elle est non existante, il ne peut plus s'agir de cause illicite. La question de cause ne peut donc être agitée que si la reconnaissance produit un effet, et alors on rentre dans l'opinion que nous avons admise.

Pour échapper à la rigueur des principes, on a imaginé une distinction. La reconnaissance, dit-on, n'est pas nécessairement la cause de la libéralité; ce peut être l'affection du donateur, cause très-légitime. Il faut donc, pour que la donation soit nulle, qu'il soit prouvé que la qualité d'enfant adultérin est la cause unique de la libéralité. Mais comment le savoir? On ne pourrait l'admettre avec certitude que si le donateur avait déclaré qu'il fait la libéralité uniquement parce que le donataire est son enfant adultérin ou incestueux. Dans cette hypothèse, le legs même serait vicié, parce que le testateur pas plus que le donateur ne peut faire de disposition immorale. M. Demolombe avoue que cette hypothèse ne se réalisera presque jamais. Donc la libéralité serait presque toujours maintenue (2).

Nous contestons le point de départ de cette argumentation. Un père reconnaît son enfant; il lui fait en même temps une libéralité; et l'on dira que la reconnaissance n'est pas nécessairement la cause de la libéralité! Quand un père donne à son enfant, n'est-ce pas parce qu'il est son enfant? Lui aurait-il donné s'il n'en était pas le père? Pourquoi donc commence-t-il par faire l'aveu de sa paternité? Que si la paternité est la cause, elle est contraire à la loi, prohibée par l'article 908, sauf dans les limites d'une

(1) Lyon, 13 mars 1847 (Dalloz, 1847, 2, 75).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 603, n° 588.

créance alimentaire (art. 762) (1). La cour de cassation a néanmoins consacré le système que nous combattons. Nous allons voir comment elle cherche à échapper à l'inconséquence. Elle commence par poser en principe que les dispositions à titre gratuit sont nulles aussi bien que les dispositions à titre onéreux, lorsqu'elles reposent sur une cause illicite. La cour ajoute que l'on doit considérer comme telle la libéralité faite par un testateur au profit de ceux qu'il *croit* être ses enfants adultérins, si d'ailleurs il est prouvé que cette libéralité n'a pour mobile et pour cause déterminante que l'*opinion* qu'il avait de sa paternité. Reste à savoir comment on prouvera que l'auteur de la libéralité avait cette *opinion*, cette *croyance?* La preuve résulterait-elle d'une reconnaissance antérieure? Non, dit la cour, à moins que le testateur ne la rappelle et n'y rattache la libéralité qu'il fait. Si une reconnaissance antérieure ne vicie pas la libéralité, est-ce que du moins la reconnaissance qui accompagne la libéralité prouvera la cause illicite? La cour est encore obligée de répondre non. Car dans sa doctrine la reconnaissance, comme telle, ne produit aucun effet, elle ne peut donc pas être considérée comme cause de la libéralité. C'est dans les dispositions mêmes, dit la cour de cassation, qu'il faut puiser la preuve entière et complète, de manière qu'il ne reste aucun doute sur l'influence déterminante qu'a dû exercer sur ces dispositions l'opinion du testateur que ceux qu'il gratifie sont ses enfants. La question devient ainsi une question de fait, abandonnée à l'appréciation des magistrats (2).

Par application de ces principes, la cour d'Amiens a décidé que le legs fait à un enfant adultérin était nul pour cause illicite, lorsque le testateur avait déclaré dans une lettre faisant corps avec le testament qu'il faisait cette libéralité parce qu'il était sûr de sa paternité. Sur le pourvoi, l'arrêt fut confirmé par un arrêt de rejet, motivé comme l'arrêt que nous venons d'analyser (3). Nous disons

(1) C'est l'opinion de Merlin, *Répertoire,* au mot *Filiation*, n° XX (t. XII, p. 256 et suiv.).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 31 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 1, 458).
(3) Amiens, 14 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 2, 121) et arrêt de la cour de cassation du 8 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 1, 9).

qu'il y a inconséquence dans cette jurisprudence; l'inconséquence nous paraît évidente. S'il est vrai que la reconnaissance d'un enfant adultérin est réputée non existante, il en faut conclure que tout aveu de paternité adultérine est frappé de nullité radicale, c'est-à-dire qu'il est comme non avenu. Or, qu'est-ce que cette *opinion*, cette *croyance* que la cour de cassation invoque comme preuve d'une cause illicite? N'est-ce pas un aveu de paternité? Donc, dans son système, la déclaration du père qu'il donne à son enfant, parce qu'il le croit son enfant, devrait être considérée comme non écrite et la libéralité devrait être maintenue. La conscience des magistrats s'est révoltée contre cette logique : ils ont cherché à y échapper, mais ce n'est qu'une échappatoire, et cette transaction avec les principes ne sauvegarde pas même les intérêts de la morale. Voyez, en effet, comme elle facilite au père adultérin ou incestueux les moyens de violer impunément la loi et de la braver! Il commencera par reconnaître l'enfant, fruit du crime ou de l'infamie. La loi frappe cette reconnaissance de réprobation et de nullité. Que lui importe? L'acte n'en subsiste pas moins, et l'aveu public, authentique. Puis il institue l'enfant légataire universel en ayant soin de ne pas rappeler la reconnaissance. Dès lors son testament est à l'abri de toute attaque. Il peut aussi, s'il le veut, faire une donation universelle de ses biens par contrat de mariage, en se donnant le plaisir d'établir de son vivant le fruit de l'adultère et de l'inceste. Ne serait-il pas plus simple et plus moral tout ensemble de poser comme principe que tout aveu de paternité adultérine ou incestueuse vicie la libéralité? N'est-il pas de toute évidence que le père qui commence par reconnaître l'enfant et qui ensuite lui donne ses biens, ne lui fait cette libéralité que parce que c'est son enfant? Le bon sens le dit, et le droit devrait se garder de se mettre en opposition avec le bon sens.

161. Si la reconnaissance est nulle, en ce sens qu'on ne peut l'invoquer contre l'enfant, en faut-il conclure que l'enfant aussi ne peut s'en prévaloir pour réclamer des aliments? Rappelons d'abord les dispositions du code qui ont donné lieu à des controverses sans fin. L'article 335

dit que la reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux; et l'article 762 accorde des aliments aux enfants adultérins et incestueux sur la succession de leurs père et mère. N'y a-t-il pas antinomie entre ces dispositions? Pour que les enfants puissent réclamer des aliments, il leur faut un titre. Or, l'article 335 défend de leur donner un titre de filiation; s'ils n'ont pas de filiation, comment peuvent-ils réclamer des aliments en vertu de leur filiation? L'antinomie n'est pas absolue. Il y a des cas où la filiation adultérine ou incestueuse est constatée par des jugements et des actes authentiques, nous les avons énumérés (n° 139); dans ces cas, les enfants adultérins et incestueux peuvent réclamer des aliments. Cette solution de l'antinomie apparente qui existe entre les articles 335 et 762 suffit-elle? Il nous paraît évident que non. L'article 762 établit au profit des enfants incestueux et adultérins une espèce de droit de succession, analogue à celui des enfants naturels, bien que moindre; or, un droit de succession, par sa nature, est général, c'est-à-dire qu'il doit recevoir son application régulièrement et journellement pour ainsi dire. Quand la loi accorde des aliments aux enfants adultérins et incestueux, elle entend qu'ils puissent exercer ce droit; c'est sérieusement qu'elle le leur donne; or, serait-ce un droit sérieux que celui qui ne pourrait être exercé que dans les rares circonstances où la filiation adultérine et incestueuse résulte de jugements? Ce qui devrait être un droit régulier deviendrait un droit tellement exceptionnel qu'on pourrait le qualifier de dérisoire (1). Peut-on admettre que le législateur écrive trois articles dans le code pour établir un droit qui ne s'exercera presque jamais? Cela n'est pas admissible. La nature du droit que la loi donne aux malheureux enfants, fruits de l'inceste et de l'adultère, proteste contre la supposition que ce droit ne soit que d'une très-rare application. Il s'agit d'aliments : le législateur a voulu assurer la vie de ces êtres qu'il est obligé de

(1) Le mot est de la cour de Nancy, arrêt du 20 mai 1816 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 733, 1°).

réprouver. Assure-t-on la vie des enfants adultérins et incestueux quand on permet à un sur mille de réclamer des aliments? Non. Donc, il doit y avoir un moyen pour tout enfant d'exercer le droit sacré que la loi lui donne. Quel est ce moyen? L'orateur du Tribunat l'a dit, c'est l'acte de reconnaissance (1).

Mais comment concilier cette opinion, pour mieux dire cette nécessité avec l'article 335 qui prohibe la reconnaissance? Nous avons répondu d'avance à la question. Dans notre opinion, il n'y a pas même de question. L'article 335 ne prohibe qu'une chose, la reconnaissance qui donnerait une filiation aux fruits de l'adultère et de l'inceste. Comme telle, elle est nulle; mais l'aveu de la paternité subsiste et suffit pour assurer le droit aux aliments, comme il suffit pour empêcher l'enfant de recueillir plus que des aliments. Ainsi entendue, la disposition répond au but du législateur. Il ne veut pas que les enfants adultérins et incestueux aient un nom dans la société, une famille, pas même celle de leurs père et mère : quoique reconnus, ils n'auront pas de filiation. Il ne veut pas que les enfants recueillent les biens de leurs père et mère : ils ne les recueilleront pas, sans que l'on ait besoin de recourir aux subtilités de la cause illicite. Il veut que la vie au moins de ces malheureux enfants soit garantie : elle le sera. Il veut éviter le scandale des débats judiciaires : il n'y en aura pas, les enfants devront être reconnus pour réclamer des aliments.

Cette opinion a pour elle de grandes autorités, le nom de Merlin, de Toullier; elle a été consacrée par bien des arrêts (2). Mais elle est aussi vivement combattue. On soutient que la reconnaissance est nulle, d'une nullité radicale, à ce point qu'elle est comme non avenue; que dès lors elle ne peut être invoquée par l'enfant, pas même pour réclamer des aliments (3). Nous avons repoussé le principe, nous repoussons aussi la conséquence. Il y a des arrêts

(1) Discours de Siméon devant le Corps législatif (Locré, t. V, p. 137, n° 25).
(2) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 724.
(3) Demolombe, t. V, p. 596, n° 587, et les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot *Paternité*, n°s 725, 1°, 446, 5° et 731, 2°.

qui refusent le droit aux aliments en vertu d'un acte de reconnaissance. A quoi aboutit cette interprétation de l'article 335? A annuler de fait, sinon dans la subtilité du droit, la disposition de l'article 762. On rétorque l'objection contre l'opinion de Merlin : elle efface, dit-on, l'article 335. Non, l'article 335 n'est pas effacé, puisque la reconnaissance ne donnera pas de filiation à l'enfant adultérin et incestueux, et c'est là tout ce que dit le texte et tout ce que veut l'esprit de la loi. La rigueur excessive du système de nullité absolue a conduit d'autres cours à admettre des interprétations aussi étranges qu'inadmissibles. Les unes ont jugé que l'enfant pouvait se prévaloir de la reconnaissance pour réclamer des aliments, mais qu'on ne pouvait pas la lui opposer pour faire réduire les libéralités qui lui seraient faites. D'autres ont pensé que l'article 762 devait recevoir son application au cas où la reconnaissance aurait été acceptée par l'enfant(1). D'autres encore ont cru que l'article 335 réprouvait seulement la reconnaissance faite par acte authentique, mais qu'une reconnaissance sous seing privé permettait à l'enfant de réclamer des aliments (2). Cette manière de juger, dit Merlin, était trop choquante pour faire jurisprudence (3). Dans la théorie du code, la reconnaissance d'un enfant naturel faite par acte sous seing privé ne lui donne pas de titre, fût-ce pour réclamer des aliments, parce que la loi suppose qu'une pareille reconnaissance n'est pas l'expression de la libre volonté de celui qui la fait; une reconnaissance sous seing privé est donc dépourvue de toute efficacité, elle est réellement non existante; elle ne peut donc être invoquée par l'enfant ni contre lui.

M. Demolombe a raison de qualifier ces décisions d'étranges; mais n'ont-elles pas leur source, ou, si l'on veut, leur excuse dans la doctrine qu'il soutient avec tant de force contre Merlin? Le système de nullité absolue con-

(1) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Paternité*, nos 726 et 729, et la critique de Demolombe, t. V, p. 594 et suiv., nos 584 et 586.
(2) Dalloz, au mot *Paternité*, no 727.
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Filiation*, no XXI (t. XII, p. 258), et la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Paternité*, no 728.

duit à des conséquences si déplorables que la conscience des magistrats a reculé. Il n'y a qu'une seule interprétation qui concilie tous les intérêts dans cette matière si difficile : c'est d'admettre que la reconnaissance, tout en ne donnant pas de filiation à l'enfant adultérin ou incestueux, lui assure des aliments, et qu'elle pourra aussi être invoquée contre lui pour réduire les libéralités qui lui seraient faites. On reproche à ce système de manquer de rigueur juridique. En effet, il y a quelque chose d'illogique à donner à un enfant un droit aux aliments, en sa qualité d'enfant adultérin ou incestueux, alors que légalement il n'est pas incestueux ni adultérin ; et il est tout aussi illogique que le père doive des aliments comme père, alors que la paternité n'est pas légalement constatée. Mais un principe absolu est-il possible en présence de deux articles du code dont l'un prohibe la reconnaissance des enfants incestueux et adultérins, et dont l'autre leur donne des aliments? Le conflit n'est pas seulement dans des textes de loi, il est dans les intérêts divers qui se heurtent et se combattent. La moralité publique demande que l'homme coupable d'adultère ou d'inceste ne puisse jamais donner un état aux fruits du crime ou de l'infamie : donc la reconnaissance doit être prohibée. Mais la moralité publique exige aussi que l'enfant adultérin ou incestueux ne puisse recueillir les biens de son père, alors que celui-ci ferait l'aveu de sa paternité : donc cet aveu doit conserver quelque valeur ; la reconnaissance, quoique nulle comme telle, doit par conséquent être valable comme aveu de paternité. Vient la voix de la nature qui crie que l'enfant, fût-il le fruit de l'adultère et de l'inceste, a le droit de vivre, qu'il faut donc lui donner des aliments ; et comment les réclamerait-il s'il n'avait aucun titre? Ainsi il faut un acte de reconnaissance et il ne faut pas qu'il y ait une reconnaissance véritable. Tel est le conflit d'intérêts contraires qui empêchent qu'il n'y ait un principe absolu. Quand les intérêts sont contradictoires, le législateur doit transiger, et l'interprète à sa suite.

162. Du principe que l'enfant adultérin ou incestueux ne peut pas réclamer d'aliments en vertu d'une reconnais-

sance sous seing privé, faut-il conclure que le père ne peut pas prendre l'engagement de nourrir l'enfant adultérin auquel il a donné le jour? Nous avons examiné la question quand il s'agit d'un enfant naturel simple (nos 126 et 127); elle doit être décidée dans le même sens et d'après les mêmes principes, quand l'enfant est adultérin ou incestueux. Il est incontestable que l'engagement contracté par le père, homme marié, de pourvoir aux besoins d'une femme qu'il a séduite et des enfants nés de leur commerce est valable. La cour de Caen l'a décidé ainsi par un arrêt que nous avons cité à plusieurs reprises, parce qu'il consacre, à notre avis, la vraie doctrine. Dans l'espèce, le débat n'existait pas entre l'enfant et le père; c'est la mère qui plaidait contre le séducteur et qui invoquait contre lui l'engagement réitéré qu'il avait pris de l'entretenir elle et ses enfants. Il ne s'agit pas, dit la cour, de rechercher si ces enfants sont ceux de l'homme qui a séduit la mère; une pareille recherche est prohibée par la loi; nous ajoutons que ce n'est pas sur un aveu de paternité que l'action était fondée, car la mère ne produisait que des lettres, actes sous seing privé qui ne pouvaient donner lieu à aucune action alimentaire. Il s'agissait de l'exécution d'un engagement formel pris par le séducteur de réparer le dommage qu'il avait causé par sa faute, comme lui-même l'avouait dans sa correspondance. Ce point ne pouvait être douteux. Vainement disait-on que l'engagement était vicié par une cause illicite, la paternité adultérine. La paternité adultérine était hors de cause. Sans doute il restait une profonde immoralité, celle de relations illicites entre un homme marié et une jeune fille à peine sortie de l'enfance; mais la cour constate que le coupable, c'était le séducteur et que la femme était la victime. Il y avait donc une faute à réparer : question de quasi-délit et non de paternité adultérine (1).

La cour de Nancy est allée plus loin, au moins dans les motifs de l'arrêt qu'elle a porté dans une affaire analogue. C'était aussi un homme marié qui avait souscrit un enga-

(1) Caen, 10 juin 1862 (Dalloz, 1862, 2, 129).

gement au profit de la mère, sa servante, et de son enfant. La cour donna suite à cet engagement; la décision est irréprochable, mais les considérants dépassent de beaucoup le dispositif; ils reproduisent une doctrine que nous avons exposée plus haut en la désapprouvant. On distingue l'action alimentaire de l'action en recherche de paternité ou de maternité (1). La différence est évidente; nous-même nous venons de soutenir que l'enfant adultérin, reconnu dans un acte authentique, peut réclamer des aliments, bien qu'il n'ait point de filiation. Mais il faut pour cela qu'il y ait reconnaissance. Si le père s'engageait directement envers l'enfant à le nourrir et à l'entretenir, cet engagement serait-il valable? Nous avons soutenu la négative quand il s'agit d'un enfant naturel simple, et nous croyons que la décision doit être la même quand l'enfant est adultérin. En effet, l'engagement, pour être valable, doit avoir une cause; la cause, dans l'espèce, serait la paternité adultérine; cette cause n'est pas légalement établie et ne peut pas même l'être, à moins qu'on n'admette avec nous que la reconnaissance volontaire, illégale comme titre de filiation, vaut comme aveu de paternité. Toujours est-il que l'aveu doit se trouver dans un acte authentique, sinon il est considéré comme n'existant pas et ne peut par conséquent devenir le fondement d'une action.

163. Un legs fait à un enfant adultérin pour aliments est-il valable? La cour de cassation a décidé la question affirmativement. Dans l'espèce, l'enfant adultérin avait été reconnu; mais l'arrêt prend soin de constater que la cour d'appel n'avait pas jugé qu'il était dû des aliments à l'enfant en vertu de cette reconnaissance; qu'elle avait uniquement validé le legs, fait en immeubles, à titre d'aliments, et en constatant que le legs ne dépassait pas les limites d'une pension alimentaire (2). Nous ne voyons pas où est la raison de douter. Si l'on admet que la reconnaissance d'un enfant adultérin est comme non avenue, il n'en faut tenir aucun compte; reste alors un legs, qui est parfaitement

(1) Nancy, 20 mai 1816 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 733, 1°).
(2) Arrêt du 15 juillet 1846 (Dalloz, 1846, 1, 342).

valable, à titre d'aliments. Il ne peut plus être question d'une cause illicite, quand même l'adultérinité serait établie, comme elle l'était dans l'espèce, abstraction faite de la reconnaissance ; car la loi elle-même accorde des aliments aux enfants adultérins et incestueux. Que si l'on admet l'opinion que nous avons professée, la question est tout aussi peu douteuse. La reconnaissance, quoique illégale, constate le droit de l'enfant à des aliments; donc le legs qui lui est fait pour aliments est valable.

SECTION VI. — De la légitimation.

§ Ier. *Principe.*

164. L'article 331 pose le principe que les enfants naturels sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. Ce principe, emprunté au droit romain et au droit canonique, repose sur une fiction. Nos lois présument, dit Portalis, que les père et mère qui se marient après avoir vécu dans un commerce illicite, ont toujours eu l'intention de s'engager par les liens d'un mariage solennel; elles supposent que le mariage a été contracté au moins de vœu et de désir, dès le temps de la naissance des enfants, et, par une fiction équitable, elles donnent un effet rétroactif au mariage (1). La légitimation se justifie par les considérations les plus puissantes. Bigot-Préameneu dit très-bien que l'ordre public est intéressé à ce que l'homme et la femme qui vivent dans le désordre aient le moyen d'éviter l'un ou l'autre de ces deux écueils, celui de se séparer par dégoût ou celui de continuer un commerce coupable. La loi leur offre, dans une union sainte et légitime, des avantages assez précieux pour les porter à la contracter. L'homme donnera les droits de la légitimité à des enfants pour qui la nature doit lui inspirer des sentiments de tendresse, et il remplira en même temps un devoir que sa conscience doit sans cesse lui rappeler. Par la légitimation, la femme réparera sa faute et recouvrera son

(1) Portalis, Discours préliminaire, n° 63 (Locré, t. Ier, p. 173).

honneur. Les enfants, cela va sans dire, y ont le plus grand intérêt. On a cependant objecté que l'espoir de la légitimation pourra favoriser le concubinage; c'est la raison pour laquelle la législation anglaise n'admet pas la légitimation par mariage subséquent. Nous doutons fort que les mœurs s'en trouvent mieux et qu'il y ait moins d'enfants naturels. Les passions ne calculent pas. Mieux vaut donc leur laisser une porte ouverte pour le repentir et la réparation (1).

165. Le mariage légitime les enfants naturels en ce sens que, s'ils sont légalement reconnus, il suffit que les père et mère se marient pour que les enfants soient légitimés. Il n'est pas nécessaire que les futurs époux déclarent qu'ils les veulent légitimer; ce n'est pas leur volonté qui opère la légitimation, c'est la loi. Telle était la doctrine de l'ancien droit (2), et tel est aussi le principe consacré par le code Napoléon. Il est vrai que l'article 331 dit que les enfants nés hors mariage *pourront* être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. Mais le mot *pourront* n'implique pas que la légitimation soit facultative, que les parents aient la faculté de légitimer ou de ne pas légitimer leurs enfants, tout en se mariant. La loi veut dire qu'il dépend de la volonté des père et mère de se marier; en ce sens, il dépend aussi d'eux de légitimer leurs enfants. Mais du moment qu'ils se marient, la légitimation s'opère, qu'ils le veuillent ou non. Comme le dit Pothier, la légitimation s'opère par la seule force et efficace du mariage. C'est l'opinion de tous les auteurs, sauf le dissentiment de Richefort. Il est inutile d'insister et de citer des autorités. Ajoutons que la légitimation se fait aussi sans le concours de volonté des enfants qui en profitent, sauf à eux à répudier la légitimation, si la reconnaissance n'est pas sincère (nos 180 et suiv.).

Quand on dit que le mariage opère légitimation de plein droit en vertu de la loi, cela suppose que les enfants sont reconnus avant le mariage, ou dans l'acte même de

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 28 (Locré, t. III, p. 91). Duveyrier, Discours, n° 31 (Locré, t. III, p. 134).

(2) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 422.

célébration. Le texte de l'article 331 le dit. Nous y reviendrons.

166. Tout mariage légitime les enfants naturels, même le mariage appelé *in extremis*. Dans le projet de code, il y avait une disposition ainsi conçue : « Le mariage contracté à l'extrémité de la vie, entre deux personnes qui auraient vécu en concubinage, ne légitime point les enfants qui seraient nés avant ledit mariage. » La section de législation avait proposé cette exception, dans la crainte que la facilité de légitimer les enfants au dernier moment de la vie ne favorisât le dérèglement des mœurs et ne portât à l'oubli du mariage. Berlier répondit que le concubinage n'était pas une affaire de calcul. Il faut, dit-il, prendre les hommes tels qu'ils sont. Celui que ses passions auront entraîné au concubinage n'en sera pas détourné si la loi refuse de légitimer les enfants qui pourront naître de ce commerce illicite. Mais s'il a des enfants et si sa fin approche, il voudra, s'il a quelque honnêteté, réparer sa faute, en donnant la légitimité aux enfants et en rendant l'honneur à leur mère. Qu'y a-t-il là d'immoral? La loi serait immorale si elle mettait obstacle à cette œuvre de réparation. Sur ces observations, la disposition fut supprimée (1). Si nous l'avons rappelée, c'est comme enseignement pour le législateur. Il ne doit pas, par sollicitude pour la moralité, empêcher de réparer les fautes où tombe la faiblesse humaine : il ne prévient pas les fautes par un rigorisme outré, et il ferme la porte au repentir.

167. Le mariage contracté par un prêtre légitime-t-il les enfants qu'il a eus avant de se marier? D'après notre droit public, la question ne peut même plus être agitée. Comme M. Nothomb l'a dit au Congrès, les prêtres ne sont que des individus aux yeux de la loi ; ils peuvent se marier, ils peuvent donc aussi légitimer leurs enfants. Vainement dirait-on que, dans la doctrine de l'Eglise, le concubinage du prêtre est un adultère, que les enfants qui en naissent sont adultérins, et que par suite ils ne peuvent

(1) Séance du conseil d'Etat du 24 brumaire an x, n° 7 (Locré, t. III, p. 47 et suiv.).

être légitimés. On répondrait, et la réponse est péremptoire, que les canons et les doctrines de l'Eglise n'ont aucune valeur aux yeux de la loi civile; nous ne connaissons d'autre adultère que celui qui est commis au mépris d'un mariage légal. La question s'est présentée en France devant la cour de cassation, et elle a été décidée dans le même sens sur un lumineux réquisitoire de Merlin (1). Nous croyons inutile d'y insister, la question n'étant plus controversable en Belgique, ni même en France.

168. La diversité de législation qui existe entre la France et l'Angleterre sur la légitimation a donné lieu à des questions de droit civil international. Des Français se marient en Angleterre; leur mariage légitimera-t-il les enfants naturels qu'ils ont eus soit en Angleterre, soit en France? L'affirmative n'est pas douteuse. La légitimation est attachée au mariage; c'est un des effets qu'il produit, et cet effet concerne l'état des personnes. Sous tous les rapports donc, le statut est personnel. Il suit de là que si des Anglais se marient en France, leur mariage n'opérera pas légitimation; car il est régi par les lois anglaises, lesquelles n'admettent pas la légitimation par mariage subséquent. On pourrait objecter qu'il y a un intérêt de moralité publique en cause, intérêt qui est apprécié diversement dans les deux pays : en Angleterre, on croit que la légitimation favorise l'immoralité, tandis qu'en France on estime qu'elle répare le mal que le législateur ne peut empêcher; l'intérêt des bonnes mœurs ne doit-il pas l'emporter sur le statut personnel de l'étranger? Nous ne le pensons pas. Il ne s'agit pas ici d'une institution où l'ordre public est l'élément dominant, comme il l'est dans la réprobation de la polygamie; si l'on invoque les bonnes mœurs, c'est plutôt pour justifier la différence de droit que pour approuver ou réprouver la légitimation; c'est surtout le devoir du père, l'honneur de la mère, le sort des enfants qui ont déterminé le législateur français, toutes considérations qui n'ont pas un rapport direct avec la moralité publique.

(1) Arrêt du 22 janvier 1812 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 461). Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimation*, sect. II, § II (t. XVII, p. 17).

Le statut personnel doit donc recevoir son application. C'est l'opinion de Merlin, et la question a toujours été jugée ainsi en France (1).

169. La question se complique quand les futurs époux appartiennent à des nations différentes. C'est une Française qui se marie avec un Anglais; faut-il suivre la loi d'Angleterre ou celle de France? Il a été jugé qu'il faut appliquer la loi anglaise, parce que, d'après le code Napoléon (art. 19), la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, que c'est donc la loi personnelle du mari qui doit recevoir son application (2). La cour de cassation a consacré l'opinion contraire. Elle commence par constater que le père seul était Anglais et domicilié en France, que la mère était Française, que les enfants étaient nés en France. De là elle conclut que la loi française était la loi du domicile matrimonial, à laquelle les futurs époux sont réputés avoir eu la volonté de se soumettre. Cette première raison est mauvaise. La légitimation ne dépend pas de la volonté des parties, pas plus que tout autre effet du mariage. Dira-t-on que, dans l'espèce, les futurs époux se sont aussi soumis à la loi française en ce qui concerne l'indissolubilité du mariage? Non, certes. Eh bien, il ne dépend pas davantage des futurs époux de vouloir ou de ne pas vouloir la légitimation. C'est la loi et non leur volonté qui l'opère. Il s'agit de savoir quelle loi il faut appliquer, la loi française ou la loi anglaise, et cette question ne se décide pas par la volonté des parties.

La cour de cassation ajoute que la femme, étant Française, avait droit à la légitimation, et que les enfants nés en France pouvaient invoquer ce bénéfice ; que la bonne foi de la mère serait trompée si le mariage n'opérait pas légitimation, que les droits des enfants seraient lésés, que d'ailleurs les enfants pouvaient aussi invoquer la loi française, puisque à leur majorité ils avaient le droit de réclamer la qualité de Français. Cette seconde raison ne nous paraît pas meilleure que la première. La femme française qui se marie avec

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Légitimation*, § II (t. IX, p. 172 et suiv.). Arrêt d'Orléans du 17 mai 1856 (Dalloz, 1856, 2, 154).
(2) Caen, 18 février 1852 (Dalloz, 1853, 2, 61).

un Anglais peut-elle se prévaloir de la loi française, alors que le code dit qu'elle suit la condition de son mari? Quant aux enfants, qu'importe qu'à leur majorité ils puissent réclamer la qualité de Français? Résultera-t-il de là que le mariage de leurs père et mère sera régi par la loi française?

Enfin la cour de cassation invoque l'ordre public. Ici vient le doute dont nous venons de parler. Nous comprendrions qu'en se plaçant sur le terrain de la moralité publique, l'on soutînt que cet intérêt doit dominer la loi du statut. Mais ce n'est pas ainsi que la cour de cassation procède; elle commence par nier le statut personnel en invoquant une convention tacite et le droit de la femme ainsi que celui des enfants; puis elle dit que ces considérations de fait et de droit ont d'autant plus de force et de puissance, que la légitimation de même que le mariage est d'ordre public. En effet, l'objet de la légitimation est de réparer une faute contre l'ordre social, au profit de l'enfant naturel qui en était la victime innocente, et de créer à cet enfant une famille qu'il n'avait pas auparavant (1). Nous répondrons que l'argument prouve trop. Est-ce que tout ce qui concerne le mariage n'est pas d'ordre public? Il faudra donc appliquer en tout la loi française aux mariages que les étrangers contractent en France? Il faudra décider que le mariage de deux Anglais contracté en France opère légitimation! Il faut aller jusque-là si l'on pose en principe que la loi française doit être appliquée parce que le mariage et la légitimation sont d'ordre public. Cela est inadmissible. Le statut personnel est la règle, la loi française ne l'emporte sur ce statut que lorsqu'il y a un intérêt social en cause, tel que la moralité publique en cas de polygamie. Mais qui osera dire que la légitimation intéresse les bonnes mœurs au même degré que la réprobation de la polygamie? Qui osera dire que la légitimation est morale ou immorale, alors que deux nations civilisées, toutes deux chrétiennes, sont partagées, l'une admettant la légitimation par mariage subséquent, l'autre la répudiant? Ne faut-il pas en conclure plutôt que la moralité est hors de

(1) Arrêt de cassation du 23 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 423).

cause? Cela est vrai en ce sens qu'il n'y aura pas un enfant naturel de plus ou de moins, que le législateur admette la légitimation ou qu'il la rejette. Donc, en définitive, il s'agit d'une de ces institutions sur lesquelles les sentiments des divers peuples diffèrent. N'est-ce pas une raison pour appliquer le statut personnel?

Non, a dit la cour de Bourges, qui, sur le renvoi, s'est rangée à l'avis de la cour de cassation (1). Elle invoque l'intérêt des Français qui contractent avec des étrangers, et qui seraient trompés si on leur appliquait la loi étrangère qu'ils doivent ignorer. Voilà encore une de ces raisons qui prouvent trop ; si on l'admettait, il n'y aurait plus de statut personnel. La cour de Bourges avoue que les opinions peuvent différer sur le caractère plus ou moins moral de la légitimation; mais il suffit, dit-elle, que le législateur français l'ait admise dans des vues de bonne police et au profit des mœurs pour qu'elle soit d'ordre public. Non, cela ne suffit pas. Sinon, on sacrifiera toujours le statut personnel à la loi française, car le statut concerne l'état des personnes; et cet état n'est-il pas toujours réglé en vue d'une bonne police et des bonnes mœurs? Donc il n'y aura plus de statut personnel. Cela prouve qu'en cette matière si délicate, il faut laisser de côté le mot vague d'*ordre public*, et pénétrer dans les entrailles des institutions pour les apprécier. Comme nous l'avons dit en exposant les principes des statuts, ce n'est pas l'ordre public qui domine le statut personnel, c'est l'intérêt social (2). Et quel intérêt la société a-t-elle à ce que le mariage contracté par un Anglais en France légitime ses enfants?

§ II. *Des conditions de la légitimation.*

N° 1. DE LA RECONNAISSANCE.

170. Pour que le mariage opère légitimation, il faut, aux termes de l'article 331, que les enfants aient été léga-

(1) Arrêt du 26 mai 1858 (Dalloz, 1858, 2, 178).
(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 124, n° 85.

lement reconnus avant le mariage, ou qu'ils le soient dans l'acte même de célébration. Cette disposition du code civil déroge à l'ancien droit. D'après la législation canonique, la légitimation était une suite nécessaire du mariage ; elle n'exigeait pas de reconnaissance préalable. Cela tenait, en partie du moins, aux principes qui régissaient la filiation naturelle. L'enfant pouvait rechercher son père aussi bien que sa mère ; c'était donc un droit absolu pour lui d'établir sa filiation, à quelque époque que ce fût, et une fois sa filiation établie, le mariage devait avoir pour effet de le légitimer. Notre code n'admet plus ce droit absolu de l'enfant ; il interdit la recherche de la paternité, et il ne permet la recherche de la maternité que sous des conditions très-sévères. Le mariage ne pouvant légitimer les enfants naturels que si leur filiation est constante, la loi devait exiger la reconnaissance des père et mère, la reconnaissance étant le seul moyen légal de constater la filiation paternelle. Restait à décider si la reconnaissance faite après la célébration du mariage opérerait légitimation. Le code exige que l'enfant naturel soit reconnu avant le mariage ou dans l'acte de célébration. Il a craint que la reconnaissance faite après le mariage ne fût pas l'expression de la vérité : les époux pourraient s'entendre pour reconnaître et légitimer un enfant qui leur serait étranger ou qui du moins serait étranger à l'un d'eux ; et il ne doit pas dépendre du concert frauduleux des époux de créer des liens de filiation que la nature seule peut établir (1). Ce serait, dit le premier consul, créer des enfants par consentement mutuel (2).

171. Comment la filiation des enfants doit-elle être constatée? L'article 331 dit que les père et mère doivent les *reconnaître légalement*. Cela suppose une reconnaissance volontaire. Est-ce à dire que si la filiation était établie par une recherche, l'enfant ne serait pas légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère? Non, certes.

(1) Portalis, Discours préliminaire, n[os] 64, 65 (Locré, t. I[er], p. 173). Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 28 (Locré, t. III, p. 91).
(2) Séance du conseil d'Etat du 24 brumaire an x, n° 4 (Locré, t. III, p. 46).

Ce que la loi a voulu, c'est que l'état des enfants fût légalement constaté antérieurement au mariage; le mode de constatation est indifférent, car il n'y a aucune raison de faire une différence entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée en ce qui concerne la légitimation. Quant au texte, il prévoit, comme le législateur le fait d'habitude, le cas qui se présente ordinairement, c'est la reconnaissance volontaire; il ne pouvait pas même supposer une reconnaissance forcée, puisque les père et mère d'un enfant naturel qui se marient, loin de renier l'enfant auquel ils ont donné le jour, se marient le plus souvent pour lui procurer la légitimation. Cela ne fait aucun doute.

Toutefois le principe est rigoureux. Combien de mères y a-t-il qui ignorent ce que c'est qu'une reconnaissance, qui croient qu'il suffit que l'enfant soit inscrit sous leur nom dans l'acte de naissance, et qui se marient sans songer à reconnaître l'enfant dans l'acte de célébration? Nous avons dit que la rigueur de la loi a conduit les tribunaux à admettre des reconnaissances extralégales. Si la possession d'état est une preuve de la filiation naturelle, il va sans dire que l'enfant pourra l'invoquer si ses père et mère se marient, puisque sa filiation, on le suppose, sera légalement constatée, la possession étant, comme le soutient M. Demolombe, la plus sûre des reconnaissances. Mais aussi ceux qui rejettent cette doctrine ne peuvent admettre la possession comme remplissant la condition prescrite par l'article 331 (1).

La jurisprudence admet généralement que lorsque le père, en reconnaissant l'enfant, a indiqué la mère, un aveu quelconque de la mère, et notamment la possession d'état, suffit pour qu'il y ait reconnaissance à son égard. Dans cette doctrine, il faut naturellement décider qu'il y a reconnaissance des père et mère et par suite légitimation (2). Nous avons combattu l'interprétation que l'on

(1) Ainsi jugé par arrêt de la cour de Douai, du 15 mai 1816 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 466, 1°).

(2) Douai, 19 novembre 1845 (Dalloz, 1845, 4, 199, n° 34) et Bordeaux, 11 mars 1853 (Dalloz, 1854, 2, 260).

donne à l'article 336; par suite, nous rejetons la conséquence que l'on en déduit.

172. Y a-t-il légitimation si l'enfant recherche pendant le mariage sa paternité et sa maternité? ou si, reconnu avant le mariage par son père, il recherche ensuite sa mère? La question est controversée. Si on pouvait la décider, abstraction faite du texte et des discussions, nous la déciderions en faveur de l'enfant. La filiation et les effets qui y sont attachés sont un droit pour lui; il faut favoriser ce droit au lieu de l'entraver, quand il conduit à légitimer l'enfant. Combien de parents et de mères surtout ignorent ce que c'est que la reconnaissance? S'ils ont négligé de la faire avant de se marier, pourquoi ne pas permettre à l'enfant d'établir sa filiation par voie judiciaire? Le texte répond à ces motifs; il est visiblement écrit dans un esprit restrictif. « Les enfants seront légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, dit l'article 331, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, *ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration*. » Ces derniers mots indiquent la volonté du législateur; il veut que la reconnaissance se fasse, au plus tard, au moment où le mariage se célèbre, et par reconnaissance il entend la constatation de la filiation, c'est-à-dire la reconnaissance volontaire ou la recherche. On invoque l'esprit de la loi. Nous pourrions nous contenter de répondre que l'on ne peut pas se prévaloir de l'esprit de la loi contre la volonté clairement manifestée du législateur; car qu'est-ce après tout que l'esprit sinon cette volonté (1)? Mais est-il bien vrai que les motifs qui ont engagé les auteurs du code civil à exiger la reconnaissance antérieure au mariage ne s'appliquent pas à la recherche que l'enfant fait de sa filiation pendant le mariage? Il n'y a plus lieu de craindre, dit-on, que les époux ne créent un enfant par consentement mutuel, comme le disait Napoléon dans son énergique langage. A la vérité, la filiation de l'enfant ne dépend plus de leur volonté, mais de la décision des tribunaux. Toutefois rien ne serait plus facile aux époux

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 342, n° 273.

que d'éluder la loi par collusion avec l'enfant, en lui opposant une défense simulée et par cela même inefficace. Il faut ajouter, et cela est décisif, que la difficulté fut prévue dans la discussion qui eut lieu au conseil d'Etat et qu'on la décida contre l'enfant. Tronchet dit que la reconnaissance devait se faire avant le mariage, afin que les familles ne fussent pas laissées dans l'incertitude. C'est en ce sens qu'il voulait que l'état de l'enfant *fût fixé avant le mariage*. Dans le système opposé, ajouta Regnier, « un individu pourrait, trente ans après le mariage, venir réclamer la qualité d'enfant et changer l'état de la famille (1). » L'opinion que nous soutenons est généralement suivie (2).

N° 2. QUELS ENFANTS PEUVENT ÊTRE LÉGITIMÉS.

173. Aux termes de l'article 332, « la légitimation peut avoir lieu même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants; et, dans ce cas, elle profite à ces descendants. » Un auteur demande comment il se peut que le mariage légitime les descendants de l'enfant naturel prédécédé, alors qu'ils sont déjà légitimes (3). La loi ne dit pas ce que M. Demolombe lui fait dire : elle est on ne peut pas plus claire. C'est l'enfant décédé qui est légitimé. Naturellement lui ne profitera pas de cette légitimation posthume, mais ses descendants en profiteront, bien qu'ils soient déjà légitimes. Avant la légitimation, ils n'avaient d'autre famille que celle de leurs père ou mère, car ceux-ci, étant des enfants naturels, étaient par cela même sans famille; il n'y a pas même de lien civil de parenté entre les descendants légitimes et leur grand-père naturel; tandis que par le bénéfice de la légitimation accordé à leurs père ou mère, ils acquièrent une famille légitime et tous les droits qui y sont attachés. Nous disons

(1) Séance du conseil d'Etat du 24 brumaire an x, n° 4 (Locré, t. III, p. 43 et 46).
(2) Elle est très-bien établie par Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. I[er], p. 337, n° 478. Voyez, en sens contraire, Duranton, t. III, p. 175, n° 180, et Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 107 et suiv., n° 57 *bis* VII.
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 336, n° 356.

que les descendants doivent être légitimes pour que l'article 332 soit applicable; s'ils étaient naturels, la légitimation de leur père décédé ne pourrait leur profiter, puisque ce ne sont pas eux qui sont légitimés ; ils resteraient donc enfants naturels, malgré la légitimation de leur père; c'est dire que la légitimation ne leur servirait à rien.

174. L'article 332 porte que les enfants « nés d'un commerce incestueux ou adultérin » ne pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. Ces enfants ne peuvent pas être reconnus (art. 335); dès lors, il est impossible qu'ils soient légitimés, puisque la reconnaissance légale, antérieure au mariage, est la condition de la légitimation. La loi dit : nés d'un *commerce* incestueux ou adultérin; et l'article 335 est rédigé dans les mêmes termes. Il résulte de là une conséquence importante: pour savoir si un enfant naturel peut être légitimé, il faut voir s'il a été conçu adultérin ou incestueux, c'est-à-dire si, lors de sa conception, il y avait un empêchement dirimant au mariage de ses père et mère, résultant d'un mariage, de la parenté ou de l'alliance. C'est donc l'époque de la conception qu'il faut considérer, et non celle de la naissance, pour décider si l'enfant peut être légitimé. Ce principe est en harmonie avec la fiction sur laquelle repose la légitimation : le législateur suppose que déjà au moment où les père et mère s'unissent par un commerce illégitime, ils ont l'intention de se marier; or, s'il y a un empêchement naissant du mariage de l'un des père et mère ou de leur parenté, le mariage est impossible et, par suite, la légitimation.

Un homme marié vit en concubinage; sa femme meurt; dans les six mois qui suivent la dissolution du mariage, sa concubine accouche; il l'épouse. L'enfant sera-t-il légitimé? Non, car il est né d'un *commerce adultérin*, puisque, à l'époque de sa conception, son père était marié avec une autre femme que celle qu'il a épousée. Mais si un homme se mariait au moment où il vit en concubinage avec une autre femme, et que moins de six mois après son mariage sa concubine devînt mère, pourrait-il le légitimer en

l'épousant après la dissolution de son premier mariage? Oui, certes, car l'enfant n'a pas été conçu adultérin, puisque, lors de sa conception, son père était libre (1).

Nous avons supposé, dans ces exemples, que les présomptions établies par la loi pour déterminer l'époque de la conception s'appliquent à la légitimation. Telle est, en effet, l'opinion commune (2). D'après la rigueur des principes, il faudrait décider que des présomptions légales ne peuvent jamais s'étendre, fût-ce par motif d'analogie. Vainement dirait-on qu'il y a identité de raison, puisque la légitimation conduit à la légitimité. Nous répondons que ce n'est pas un enfant légitime qui invoque ces présomptions, que c'est un enfant naturel; or, elles n'ont été écrites que pour les enfants légitimes. Cela est décisif pour l'interprète; les autres considérations sont à l'adresse du législateur (3).

175. L'enfant conçu incestueux serait-il légitimé, si ses père et mère se marient avec dispense? Nous supposons que l'enfant naît avant la célébration du mariage. S'il naît pendant le mariage, il sera considéré comme légitime, par cela seul qu'il n'aura pas été désavoué. La question est controversée; nous l'avons traitée dans notre tome III (n° 382), auquel nous renvoyons. Si l'enfant naît avant le mariage de ses père et mère, il ne sera pas légitimé. Cette question est aussi très-controversée. Il y a lieu de s'en étonner, car elle est décidée deux fois par le texte de la loi. Quelle est la condition essentielle sans laquelle il n'y a pas de légitimation? La reconnaissance de l'enfant antérieure au mariage, et, d'après l'article 335, la reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux. Or, y a-t-il commerce incestueux quand un oncle et sa nièce, quand un beau-frère et sa belle-sœur vivent en concubinage? Oui, car il y a inceste lorsqu'il y a conjonction de deux personnes entre lesquel-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimation*, section II, § II, n° 7. C'est l'opinion unanime. Dalloz, au mot *Paternité*, n° 453.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 325, n° 351.
(3) Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Dijon du 29 août 1818 (Dalloz au mot *Paternité*, n° 719).

les il existe un empêchement dirimant au mariage, naissant de la parenté ou de l'alliance. Voilà un texte. En voici un second : « Les enfants nés hors mariage, *autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin*, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère (art. 331). » La légitimation suppose, outre la reconnaissance, le mariage. Pour qu'il puisse être question de légitimation, il faut donc que le mariage soit possible. Or, le mariage n'est possible, en cas d'inceste, que si l'empêchement né de la parenté ou de l'alliance peut être levé par une dispense, c'est-à-dire quand, dans l'espèce, il y a eu commerce incestueux entre l'oncle et la nièce, entre le beau-frère et la belle-sœur. Dans les autres cas de parenté et d'alliance, il ne peut pas y avoir de dispense, donc pas de mariage, donc pas de légitimation. C'est dire que l'article 331 ne peut recevoir d'application qu'au cas où un enfant est né du commerce de l'oncle avec la nièce, du beau-frère avec la belle-sœur, et que le mariage a lieu avec dispense. Si on décide que ce mariage légitime les enfants, quoique conçus incestueux, on fait dire au législateur une niaiserie, ou l'on efface le mot *incestueux* de l'article 331. On lui fait dire une niaiserie. En effet, la loi dirait : Le mariage qu'un père contracte avec sa fille ne légitime pas les enfants qu'ils auraient eus avant de se marier. Eh! comment veut-on qu'un pareil mariage légitime, alors que la loi le prohibe et l'annule? Il ne reste donc qu'à effacer le mot *incestueux* de la loi. Y a-t-il par hasard quelque doute sur le texte? Ecoutons ceux-là mêmes qui professent l'opinion contraire. « Le sens que nous venons de donner à la loi, dit Duranton, *ne résulte que trop évidemment de la lettre de l'article* 331 (1). » L'aveu est naïf, mais il ne laisse rien à désirer. M. Pont convient aussi que si l'on admet que les enfants nés du commerce de l'oncle et de la nièce, du beau-frère et de la belle-sœur sont légimités par le mariage subséquent, le mot *incestueux* sera *sans objet*, ce qui veut bien dire qu'on l'efface. Mais qu'importe? s'écrie-t-il? Est-ce que la loi peut être par-

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 171, n° 177.

faite à ce point que pas une de ses expressions ne soit inutile (1)? Cette singulière explication témoigne plus en faveur de notre opinion que tout ce que nous pourrions dire.

Il est donc avoué, il est certain que le texte est aussi clair que la lumière du jour. Aussi la plupart des auteurs se sont-ils prononcés sans hésiter contre la légitimation (2). Mais nous avons contre nous la jurisprudence récente et constante de la cour de cassation (3); il nous faut donc insister. Nous déplorons cette jurisprudence. La cour de cassation a été instituée pour maintenir l'autorité de la loi. Que de fois elle a décidé que l'on ne pouvait invoquer aucune considération contre un texte clair et formel! Que de fois elle a dit que les tribunaux ne devaient pas juger la loi, que leur devoir était de l'appliquer! Et voilà qu'elle-même se met au dessus du texte de la loi! elle-même manque de respect à la loi! Et pourquoi dévie-t-elle des maximes si sages qu'elle-même a mille fois consacrées? Est-ce pour des raisons de droit qui auraient échappé aux auteurs? Non, c'est parce qu'elle a sur le côté moral de la question une opinion contraire à celle qui a dicté l'article 1331. C'est dire que la cour de cassation, au lieu d'interpréter la loi, fait une loi nouvelle! Il nous sera très-facile de justifier notre accusation, car c'en est une.

176. Quelle interprétation la cour de cassation donne-t-elle au texte? L'article 331, dit-elle, s'applique aux personnes entre lesquelles le mariage est absolument interdit, ou qui n'ont pas obtenu du gouvernement de dispense pour le contracter, donc à des mariages légalement impossibles, donc à un non-sens, comme nous venons de le prouver. Qui est-ce qui autorise la cour à mettre ce non-sens dans la loi? La loi est générale, elle ne distingue pas; l'interprète peut-il introduire dans les textes une distinction que

(1) Pont, Dissertation sur la légitimation des enfants incestueux par mariage subséquent (*Revue des Revues de droit*, t. Ier, p. 209).

(2) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 460.

(3) Voyez trois arrêts de la cour de cassation, rendus sur les conclusions conformes du procureur général Delangle, le 22 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 1, 9 et suiv.) Les arrêts rendus pour et contre sont cités dans une excellente dissertation de M. Beudant, insérée en note, *ibid.*, p. 5-9.

ses termes repoussent? La cour suprême n'a-t-elle pas mille fois répété le vieil adage qui défend à l'interprète de distinguer là où la loi ne distingue pas? Cependant la voici qui distingue pour interpréter l'article 331. « Les liens plus ou moins étroits, dit-elle, que la nature ou la loi établit entre deux personnes, peuvent avoir pour effet ou de rendre leur mariage absolument impossible, ou de ne le permettre qu'à certaines conditions » (avec dispense). Il n'y a pas trace de cette distinction dans l'article 331. Pour l'y introduire, la cour remonte à l'ancien droit; elle prétend que lorsque des dispenses étaient accordées pour cause de parenté, elles effaçaient l'empêchement pour le passé comme pour l'avenir; que les parents au degré prohibé étaient considérés comme ayant toujours été libres, et que, par suite, leurs enfants pouvaient être légitimés par le mariage subséquent. La cour conclut en disant que la loi nouvelle n'est pas, à cet égard, plus sévère que l'ancienne. Pure hypothèse, entée sur une autre hypothèse! En supposant que le droit ancien fût tel que la cour l'affirme, où est la preuve que le code Napoléon maintient la distinction? Quoi! les auteurs du code, on le prétend, avaient sous les yeux une règle qui prohibait la légitimation des enfants incestueux, mais qui admettait une exception pour le cas de dispense. Ils reproduisent la règle et ne disent rien des exceptions. Et l'on veut qu'ils aient consacré ces exceptions. Est-ce que des exceptions se sous-entendent? Inutile d'insister, car le droit ancien que la cour invoque n'est lui-même qu'une hypothèse. Quand on recourt aux sources, on est étonné que la cour ait affirmé avec tant de certitude ce qui, en réalité, n'est pas. Mais ici l'erreur, car erreur il y a, se comprend; car l'ancien droit n'avait pas la précision de nos codes, il brillait plutôt par le vague et l'incertitude; de sorte que l'on y trouve à peu près tout ce que l'on veut. Nous allons retracer succinctement les vicissitudes de l'ancien droit, ne fût-ce que pour prouver que les études historiques ont leur utilité, et cependant elles ont presque disparu de notre enseignement!

177. Nous laissons le droit romain de côté, parce qu'il est étranger au débat. Le droit canonique n'admettait pas

la légitimation des enfants incestueux ou adultérins; il importe d'en rappeler le motif. On justifiait la légitimation en invoquant la présomption que les enfants avaient été conçus sur la foi d'un mariage que les père et mère se proposaient dès lors de contracter. Lorsque le mariage était célébré, on feignait qu'il l'avait été au temps de la conception, en sorte que le sacrement légitimait même le passé. Mais la fiction n'était pas possible quand les père et mère ne pouvaient se marier à ce moment, soit à cause d'un lien de parenté, soit à cause d'un mariage antérieur. De là la règle que le mariage ne légitime pas les enfants incestueux et adultérins (1). Y avait-il exception à cette règle en cas de dispense? En principe, non. Qu'était-ce, en effet, que la dispense? Elle était considérée comme une abrogation, pour un cas particulier, de la loi ecclésiastique d'où résulte l'empêchement; l'abrogation n'a d'effet que pour l'avenir, elle laisse subsister les effets qui ont été produits. De là le principe que la dispense est attributive et non déclarative de droits (2). Donc, si l'enfant a été conçu incestueux avant la dispense, il reste incestueux malgré la dispense; donc il ne peut pas être légitimé.

Telle était la rigueur du droit. On admettait une exception; il y avait des dispenses qui rétroagissaient, et qui par conséquent effaçaient le vice de l'inceste ou de l'adultère jusque dans sa racine; de là l'expression de dispenses *in radice*. Le vice étant effacé, la légitimation devenait possible. Mais il importe de remarquer que la dispense *in radice* n'était accordée que lorsque le mariage avait été célébré, et l'Eglise ne l'accordait que pour les causes les plus graves. Elle validait le mariage et lui faisait produire tous ses effets (3).

Ainsi la dispense proprement dite, celle qui précédait le mariage, n'avait pas par elle-même l'effet d'effacer le vice d'inceste et de légitimer les enfants. Il fallait pour cela un

(1) Reiffenstuel, *Jus canonicum*, lib. IV, tit. XVII, § II, n° 36 (t. III, p. 126).
(2) Carrière, *De matrimonio*, t. II, p. 367, 545.
(3) Carrière, *De matrimonio*, t. II, p. 547. Idem, Dissertation sur la réhabilitation des mariages nuls et les dispenses *in radice*.

bref du pape, accordé en vertu de la puissance des clefs, *ex potestate clavium*. On sait que, d'après la doctrine ultramontraine, le pape peut tout; il pouvait donc aussi légitimer dans tous les cas et sans condition aucune. Mais le pouvoir absolu du pape n'a jamais été admis en France. Il y avait donc un mariage contracté avec dispense, et comme la dispense par elle-même n'effaçait pas le vice d'inceste, on aurait dû en conclure qu'alors même qu'il y avait dispense, l'enfant restait incestueux et n'était pas légitimé par le mariage subséquent.

L'ancien droit n'avait point cette rigueur. Il admettait la fiction du droit canonique, que le mariage était censé célébré à l'époque de la conception des enfants, que par suite les enfants conçus incestueux ne pouvaient être légitimés, la fiction, dit Bourjon, ne pouvant aller au delà de la vérité (1). Ce principe fut toujours appliqué aux enfants adultérins. Il n'en fut pas de même des enfants incestueux. L'Eglise avait étendu outre mesure les empêchements résultant de la parenté; même après le concile de Trente qui les réduisit, ils allaient encore jusqu'au huitième degré. C'était un abus, et l'on sait que les parlements ne manquaient jamais de réprimer les excès de la puissance ecclésiastique. Ils ne tinrent aucun compte des empêchements que les gens d'Eglise avaient imaginés dans un intérêt de domination ou de fiscalité; ils ne maintinrent que ceux qui étaient fondés sur la loi naturelle. De là suivait que les mariages contractés avec dispense dans le premier cas légitimaient, non à cause de la dispense, mais parce qu'il n'y avait pas inceste, tandis que les enfants issus d'un véritable inceste ne pouvaient jamais être légitimés.

Restait à appliquer ce principe. L'application fut toujours indécise et vague. Il n'y avait pas de texte et les parlements étaient tout-puissants. Pothier dit que le mariage légitime les enfants dans les cas où, selon l'usage, la dispense est facile à obtenir (2), parce qu'alors seulement la

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, livre I, titre III, chap. VI, sect. II, n° 21 (t. Ier, p. 24).

(2) Pothier, *Contrat de mariage*, n° 414. Voyez, dans le même sens, Lebrun, *des Successions*, livre I, chap. II, sect. I, distinct. 1; Furgole, *des*

fiction canonique était admissible : les père et mère étaient capables de contracter mariage au moment de la conception, en ce sens qu'ils étaient sûrs de pouvoir se marier avec dispense. Quant aux parlements, ils jugeaient d'après les circonstances de la cause : tantôt ils admettaient les brefs de légitimation, tantôt ils les déclaraient abusifs : ainsi le parlement de Paris admit la légitimation d'enfants nés de cousins germains, et il la rejeta pour les enfants nés de beau-frère et belle-sœur (1).

On voit s'il est vrai de dire, avec la cour de cassation, que, dans l'ancien droit, les dispenses accordées pour cause de parenté effaçaient l'empêchement pour le passé comme pour l'avenir !

178. Nous ne dirons rien des travaux préparatoires, puisque la cour de cassation ne les invoque pas (2). Constatons seulement que dans les discours et les rapports officiels, il n'est pas dit un mot qui justifie la distinction que la cour de cassation fait entre les enfants incestueux et les enfants adultérins. On lit dans le rapport de Lahary au Tribunat : « En distinguant les fruits innocents de la faiblesse des fruits honteux du crime, la loi assure aux premiers le précieux avantage de la légitimation par mariage subséquent de leurs père et mère, elle marque les derniers, provenus de l'adultère et de l'inceste, du *sceau ineffaçable* de la honte et de la réprobation ? » Bigot-Préameneu s'exprime de la même manière : « Si l'intérêt des mœurs a fait admettre la légitimation par mariage subséquent, ce même intérêt s'oppose à ce qu'elle ait lieu si les enfants ne sont pas nés de père et mère libres. Les fruits de l'adultère et de l'inceste ne sauraient être ensuite assimilés à ceux d'un hymen légitime (3). »

La cour de cassation objecte que la distinction résulte de la nature même des choses. La loi admet les dispenses,

Testaments, chap. VI, sect. II, n° 178; Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimation*, sect. II, § II, n° 9.

(1) *Code matrimonial*, t. Ier, p. 429; t. II, p. 687.

(2) Voyez, sur ces travaux préparatoires, la Dissertation de M. Beudant (Dalloz, 1867, 1, 8).

(3) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 28 (Locré, t. III, p. 91). Lahary, Rapport, n° 29 (Locré, t. III, p. 113).

en cas d'inceste, pour l'oncle et la nièce, pour le beau-frère et la belle-sœur. Ici la cour entre dans des considérations morales qui paraissent avoir déterminé sa décision. Quand les dispenses ont été accordées, dit-elle, on ne peut admettre que le législateur ait voulu réhabiliter les auteurs de la faute, et qu'il ait laissé subsister la tache qui en est résultée pour ceux qui lui doivent l'existence : ce serait introduire, dans la famille que le législateur permet de créer, des causes incessantes de division, en assurant les honneurs et les avantages de la légitimité aux enfants nés depuis le mariage, et en laissant à ceux qui sont nés antérieurement la flétrissure de l'infamie. Cette inégalité est certes choquante, mais elle existe aussi pour les enfants adultérins. Il n'y a qu'un moyen de la faire disparaître, c'est de changer la loi.

La cour de cassation répond ensuite aux considérations morales que l'on fait valoir pour maintenir, dans toute sa sévérité, la règle qui défend de légitimer les enfants incestueux. « La prohibition absolue, dit-on, peut seule conserver intacte la pureté des relations de famille. Admettre que la dispense efface la tache de l'inceste, c'est favoriser et encourager en quelque sorte les relations incestueuses par l'espoir presque certain d'une dispense. » Non, dit la cour, l'intérêt de la morale est protégé bien mieux par la sévérité que le gouvernement met dans l'octroi des dispenses. Il nous semble que la réponse n'est que trop facile. Qui ne sait que le gouvernement, tout en affectant la sévérité en théorie, se montre indulgent en réalité? Qui ignore qu'avec les influences parlementaires et extraparlementaires il y a toujours moyen d'obtenir la faveur d'une dispense, et que si on la refuse parfois, c'est à ceux qui ne peuvent pas s'appuyer sur ces hautes protections? Pour notre part, si l'interprétation de la cour de cassation devait prévaloir, nous préférerions que le législateur abolît les empêchements pour lesquels le code civil permet d'accorder des dispenses.

179. Duveyrier, dans son discours au Corps législatif, pose comme condition de la légitimation que les père et mère fussent libres au moment de la conception des enfants, c'est-à-dire qu'ils eussent la faculté légale de se

marier (1). Ce principe est reproduit par quelques auteurs. Il est trop absolu. Il en résulterait que l'enfant né d'une jeune fille de quatorze ans ne pourrait pas être légitimé, ni celui d'une veuve, né onze ou douze mois après la dissolution du mariage. La loi ne consacre pas ce principe, elle n'admet d'autre obstacle légal à la légitimation que l'adultère et l'inceste. Cela décide la question. Telle est aussi l'opinion commune (2).

§ III. *De la nullité de la légitimation.*

180. Napoléon disait au conseil d'Etat que l'on ne pouvait pas permettre aux époux de créer des enfants par consentement mutuel, en légitimant pendant le mariage des enfants qui leur sont étrangers. Cette fraude peut aussi se commettre avant la célébration du mariage. Un enfant est reconnu par un homme à qui il n'appartient pas; puis pour couvrir cette reconnaissance mensongère, le prétendu père se marie avec la mère (3). Cette reconnaissance frauduleuse, suivie d'une légitimation frauduleuse, peut-elle être attaquée? L'affirmative ne souffre aucun doute. Aux termes de l'article 339, toute reconnaissance de la part du père ou de la mère pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. Le mariage et la légitimation qui en est la conséquence ne peuvent pas valider une reconnaissance qui serait fausse. En effet, la légitimation n'existe que s'il y a reconnaissance; le mariage ne suffit point; il faut, dit l'article 331, que les enfants aient été reconnus légalement avant le mariage de leurs père et mère. Or, une reconnaissance qui n'est pas l'expression de la vérité n'est pas une reconnaissance; on n'a pas plus le droit de créer un enfant naturel par consentement qu'un enfant légitime. Donc la reconnaissance peut être contestée, alors même qu'il y aurait légitimation

(1) Duveyrier, Discours, n° 32 (Locré, t. III, p. 134).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 320, n° 345.
(3) Le cas s'est présenté devant la cour de Paris (voyez arrêt du 23 décembre 1844, confirmé par un arrêt de la cour de cassation du 10 février 1847, dans Dalloz, 1847, 1, 49).

par mariage subséquent, et si la reconnaissance est déclarée fausse, il est évident que la légitimation tombe. En ce sens, la légitimation peut être attaquée.

On a bien des fois présenté une objection contre cette doctrine. L'article 333, dit-on, porte que les enfants légitimés par le mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage. C'est mettre la légitimation sur la même ligne que la légitimité. Or, la légitimité ne peut pas être attaquée par toute personne intéressée et pour toute cause. Si l'enfant prouve sa filiation par un acte de naissance, le père seul peut contester sa légitimité, en intentant l'action en désaveu. Eh bien, l'enfant légitimé est assimilé à l'enfant légitime ; l'acte de mariage lui tient lieu d'acte de naissance ; donc son état doit être à l'abri de toute attaque. La cour de Toulouse a fait une réponse péremptoire à cette objection. En disant que l'enfant légitimé a les mêmes droits que l'enfant légitime, l'article 333 entend uniquement effacer la tache de bâtardise, en conférant aux enfants légitimés les droits dont jouissent les enfants légitimes ; mais ce n'est que pour l'avenir. La fiction doit être restreinte dans les limites de la loi ; elle n'a ni voulu ni pu déclarer que la filiation de l'enfant légitimé serait régie par les principes qui régissent la filiation de l'enfant légitime. Celui-ci a en sa faveur la présomption née du mariage sous l'empire duquel il a reçu le jour, il peut invoquer la règle que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ; cette présomption, basée sur la fidélité que la femme doit au mari, est si forte qu'elle n'admet pas de preuve contraire, sauf le désaveu du mari ; tandis que l'enfant légitimé ne peut invoquer que l'acte de reconnaissance, car c'est sur cet acte que la légitimation est fondée. Et qu'est-ce que la reconnaissance? Un aveu, une simple manifestation de volonté, dont rien ne garantit la sincérité. Cet aveu peut être faux. Dira-t-on que l'on peut par sa volonté se créer un enfant? Voilà pourquoi la loi admet toute personne intéressée à contester la reconnaissance. Quand la reconnaissance est suivie du mariage, elle acquiert un degré de probabilité de plus, mais cette probabilité ne peut être comparée à la présomption qui résulte du

mariage en faveur de l'enfant conçu légitime. L'action en contestation, qui appartient à tous ceux qui y ont intérêt, en vertu de l'article 339, ne peut leur être enlevée par le mariage des prétendus père et mère (1).

181. Nous avons supposé que la reconnaissance était attaquée comme contraire à la vérité (2). C'est le cas spécialement prévu par l'article 339, comme nous l'avons dit plus haut (n° 72). Mais la reconnaissance peut aussi être nulle ou annulable pour vice de forme ou de consentement (n° 72). Il va sans dire qu'elle peut être attaquée, en vertu des principes généraux, alors même qu'elle est suivie de la légitimation, car la légitimation n'a d'autre base que la reconnaissance; celle-ci tombant, la légitimation tombe par cela même. Il a été jugé en ce sens que l'enfant peut attaquer la légitimation, si elle lui donne une filiation contraire à son acte de naissance et à sa possession d'état (3).

182. Par qui la reconnaissance peut-elle être attaquée? Sur cette question encore, il faut appliquer les principes généraux que nous avons posés en traitant de la reconnaissance (nos 67, 69 et 75). C'est d'ordinaire pour défaut de sincérité que la reconnaissance est querellée. La loi elle-même dit que tous ceux qui y ont intérêt la peuvent contester. Donc l'enfant légitimé peut attaquer, de ce chef, la légitimation. Il a un intérêt moral à répudier une filiation qui n'est pas la sienne; il peut y avoir un intérêt actuel, soit pécuniaire, soit autre. La cour de Gand l'a jugé ainsi dans une espèce remarquable. Une enfant est inscrite sur les registres de l'état civil comme née de telle mère, sans indication de père. La mère se marie, et dans l'acte de célébration, les époux reconnaissent et légitiment cette enfant, qui depuis lors a une possession d'état conforme à son titre. Voulant se marier avec le fils de son prétendu

(1) Toulouse, 13 mars 1845 (Dalloz, 1845, 2, 144). Voyez, dans le même sens, les arrêts de la cour de cassation du 10 février 1847 (Dalloz, 1847, 1, 53), de Paris du 23 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 269), de Bastia du 10 décembre 1864 (Dalloz, 1865, 2, 37).

(2) Voyez un exemple dans l'arrêt de Douai du 6 juin 1851 (Dalloz, 1852, 2, 221).

(3) Paris, 28 décembre 1811 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 473, 1°).

père, né d'un précédent mariage, elle conteste la reconnaissance et par suite la légitimation. On lui oppose une fin de non-recevoir. Aux termes de l'article 322, nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre. Il est vrai que l'on admet généralement, et c'est l'opinion que nous avons enseignée (n° 18), que cette disposition ne s'applique qu'aux enfants légitimes; mais ne pourrait-on pas dire que l'enfant légitimé est réputé légitime et que l'acte de mariage lui sert d'acte de naissance? Admise en première instance, la fin de non-recevoir fut rejetée par la cour d'appel, et avec raison. En réalité, l'enfant n'avait pas de possession d'état conforme à son *titre de naissance*, car par sa possession d'état elle était légitime, tandis que par son acte de naissance elle était illégitime. Restait à décider si l'enfant pouvait se prévaloir de l'article 339. La question n'en est pas une. Dans l'espèce, l'enfant avait un intérêt moral de la plus haute gravité à contester la filiation paternelle qu'elle prétendait mensongère. De nouvelles difficultés s'élevèrent sur la preuve. L'enfant admise à *contester* la reconnaissance pouvait-elle se borner à la *dénier?* La cour de Gand jugea très-bien que la reconnaissance faite légalement doit être considérée comme l'expression de la vérité jusqu'à la preuve du contraire. Comment devait se faire cette preuve? On prétendait qu'il fallait une preuve littérale, ou du moins un commencement de preuve par écrit, en vertu de l'article 323. Mais cette disposition était évidemment inapplicable. L'enfant fut donc reçue à prouver par témoins que le prétendu père n'avait fait la connaissance de la mère qu'après sa naissance. Elle allégua que des rapports avaient existé lors de sa naissance entre sa mère et un autre homme; la cour décida que la preuve de ce fait était inadmissible, puisqu'elle aurait conduit à la recherche de la paternité, recherche qui est interdite par le code civil (1).

183. Celui qui se prétend le vrai père peut contester la reconnaissance faite par un faux père, alors même que cette

(1) Gand, 14 mai 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 311).

reconnaissance serait suivie de légitimation et fortifiée par l'aveu de la mère. Le cas s'est présenté devant la cour de Paris; nous avons rapporté l'espèce plus haut (n° 77).

Le père de celui qui a reconnu l'enfant, en le légitimant par un mariage subséquent, peut-il contester la reconnaissance et la légitimation, alors que l'auteur de la reconnaissance n'agit point? Nous avons dit plus haut (n° 79) que le père avait ce droit, alors même qu'il ne s'agit que de la simple reconnaissance d'un enfant naturel; à plus forte raison l'a-t-il quand l'enfant est légitimé. A plus forte raison, disons-nous; quand l'enfant naturel est simplement reconnu comme tel, on pourrait objecter que le père de celui qui l'a reconnu n'a pas d'intérêt né et actuel à contester, puisque la reconnaissance n'établit aucun lien de parenté entre lui et l'enfant de son fils. On ne peut plus faire cette objection quand l'enfant est légitimé; en effet, la légitimation le fait entrer dans la famille de celui qui l'a reconnu; donc le père de celui-ci a un intérêt moral, né et actuel à le repousser comme un usurpateur. La cour de Paris, qui l'a jugé ainsi, dit très-bien que la reconnaissance et la légitimation impliquent qu'elles sont faites par celui qui a donné le jour à l'enfant et qui remplit un devoir en lui assurant une famille; mais que l'on ne peut pas permettre que par une fausse reconnaissance, œuvre de la faiblesse ou de la séduction, on vienne introduire dans une famille honorable des bâtards qui lui sont étrangers, parce qu'une pareille fraude jetterait le désordre dans les relations les plus intimes et léserait des intérêts sacrés (1).

La légitimation sert à couvrir toutes sortes de fraudes. Aux termes de l'article 960, la donation est révoquée par la légitimation d'un enfant naturel né depuis la donation. Il est arrivé que, pour faire tomber la libéralité, le donateur a reconnu et légitimé un enfant qui lui était étranger. Il est évident que le donataire a intérêt à contester cette reconnaissance en prouvant qu'elle est mensongère (2).

(1) Paris, 23 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 268).
(2) Bordeaux, 10 avril 1843 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 473, 2°).

184. On s'est prévalu plus d'une fois, dans les débats sur la contestation de légitimation, de l'article 322 qui porte : « Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre. Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son acte de naissance. » Il est arrivé que l'on a opposé cette fin de non-recevoir à l'enfant qui contestait la reconnaissance et la légitimation de son père ; d'autres fois l'enfant essayait de repousser la contestation dirigée contre sa légitimation par cette même fin de non-recevoir. Les cours ont toujours décidé qu'il n'y avait pas lieu d'invoquer l'article 322 ni pour ni contre l'enfant légitime (1). En effet, la fin de non-recevoir consacrée par l'article 322 a pour objet de mettre la filiation légitime à l'abri de toute contestation. Or, l'enfant légitimé n'est pas un enfant né légitime, il est né enfant naturel. Vainement dirait-on que l'article 333 l'assimile complétement aux enfants légitimes ; cela n'est vrai que pour les droits qui s'ouvrent à partir de sa légitimation ; quant au passé, il reste enfant naturel. Dès lors l'article 322 n'est pas applicable ; il suffit de le lire pour s'en convaincre. La loi suppose que la filiation *légitime* est constatée par l'acte de naissance ; or, l'acte de naissance de l'enfant légitimé prouve qu'il est né *illégitime*. L'article 322 exige encore une possession d'état conforme au titre de naissance, c'est-à-dire une seconde preuve de la filiation *légitime* qui vient confirmer la première. Or, l'enfant légitimé a été enfant *naturel*, et comme tel il ne pouvait avoir qu'une possession d'enfant *naturel ;* plus tard, par suite de la légitimation, il acquerra une possession d'enfant *légitime ;* il aura donc *deux* possessions *contraires*, ce qui nous place hors de la disposition de l'article 322.

185. Il y a une autre fin de non-recevoir qui est controversée et douteuse. Un enfant adultérin est légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère. La légitimation est nulle. Elle est attaquée par les frères et sœurs

(1) Douai, 6 juin 1851 (Dalloz, 1852, 2, 221) et Gand, 24 mai 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 311).

légitimes de l'enfant légitimé. Leur droit est incontestable, mais ils avaient reconnu la légitimité de l'enfant adultérin par de nombreux actes passés avec lui. Pouvaient-ils, malgré cet aveu, malgré la renonciation que l'aveu implique, attaquer la légitimation? La cour de cassation a décidé la négative dans une espèce on ne peut pas plus favorable à l'enfant légitimé (1). En faisant abstraction des circonstances de fait, il faut décider, et sans hésiter, que toutes conventions, toutes renonciations concernant la filiation sont nulles, comme portant sur une chose qui n'est pas dans le commerce. Vainement voudrait-on distinguer, avec la cour de cassation, entre la transaction par laquelle une personne abandonnerait un état qu'elle tient de la loi, et les actes par lesquels des héritiers ont reconnu l'état de l'enfant légitimé. En fait, la différence est grande sans doute; la contestation des héritiers qui, dans un intérêt pécuniaire, attaquent une légitimité qu'ils avaient reconnue volontairement, est odieuse, nous en convenons volontiers. Mais qu'est-ce que ces mauvaises passions ont de commun avec la question de droit? La légitimité s'établit-elle par voie de convention? Une légitimation que la loi déclare nulle dans l'intérêt des bonnes mœurs et de l'ordre public, peut-elle être validée par le consentement des parties intéressées? Non, certes. Il n'y a qu'une seule distinction à faire. L'état ne s'acquiert pas plus qu'il ne se perd par des transactions ou des conventions quelconques : la légitimation peut donc toujours être contestée, malgré des conventions ou des renonciations contraires. Mais les droits pécuniaires peuvent s'acquérir par convention et prescription. Quel est l'effet des conventions à cet égard? Nous reviendrons sur la question (n° 189).

186. On demande s'il doit être nommé à l'enfant un tuteur *ad hoc*, quand il est mineur lors de l'action dirigée contre lui? Il a été jugé que les demandeurs étaient non recevables à contester la légitimation, tant qu'ils n'auraient

(1) Arrêt du 28 novembre 1849 (Dalloz, 1850, 1, 113). Voyez, dans le même sens, les arrêts cités en note, p. 113. Il faut y ajouter un arrêt de Liége du 10 août 1854 (Dalloz, 1855, 2, 247).

pas fait nommer un tuteur à l'enfant (1). Dans l'espèce, la mère contre laquelle l'action avait été intentée, en sa qualité de tutrice, avait des intérêts opposés à ceux de l'enfant, qu'elle était appelée à défendre. Il convenait donc de donner à l'enfant un défenseur spécial. Toutefois la loi ne l'exige pas; et les tribunaux peuvent-ils créer des fins de non-recevoir que le législateur n'a pas établies? Non certes. La nomination d'un tuteur peut être chose utile, mais comme elle n'est pas prescrite par le code civil, l'enfant serait valablement représenté par ceux qui sont ses mandataires légaux, c'est-à-dire, en cas de légitimation, par le père et, après son décès, par la mère.

§ IV. *Effets de la légitimation.*

187. L'article 333 pose le principe en ces termes : « Les enfants légitimés par le mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage. » Pothier dit que les enfants légitimés sont aussi parfaitement légitimes que les autres (2). Il y a cependant une différence considérable. Les enfants légitimés sont conçus illégitimes; jusqu'au mariage de leurs père et mère, ils sont naturels; ils deviennent légitimes par une fiction légale. Tandis que les enfants légitimes proprement dits le sont par leur conception ou par leur naissance pendant le mariage. De là suit que ceux-ci ont toujours été légitimes; la loi étend même ce bénéfice à ceux qui, conçus avant le mariage, naissent après la célébration : ils ne sont pas légitimés, ils sont légitimes (3). Il n'en est pas de même des enfants légitimés; ils deviennent légitimes par une fiction, la fiction est basée sur le mariage; ils sont censés nés du mariage qui les légitime; de là suit que la fiction ne peut pas remonter à l'époque de leur naissance ou de leur conception. Il est vrai que dans la doctrine du droit

(1) Colmar, 27 février 1852 (Dalloz, 1852, 2, 260).
(2) Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 424.
(3) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 476, n° 386.

canonique, on supposait que les parents avaient eu l'intention de se marier au moment de la conception de l'enfant; mais cette fiction ne servait qu'à justifier la légitimation; la supposition ne pouvait pas aller jusqu'à feindre que les père et mère fussent mariés alors qu'ils ne l'étaient pas. Les auteurs du code ont suivi l'ancienne doctrine quant au principe de la légitimation, puisqu'ils exigent que les père et mère aient pu se marier au moment de la conception de l'enfant; mais les effets de la fiction ne commencent qu'avec le mariage, qui est la cause légale de la légitimation. Tel est le sens de l'article 333. Le principe est donc que la légitimation n'a pas d'effet rétroactif, elle n'existe qu'à partir du mariage.

188. De là suit que l'enfant légitimé ne peut pas prendre part dans les successions qui se sont ouvertes avant le mariage par lequel il a été légitimé. Pour succéder, il faut être capable de recueillir l'hérédité au moment où elle s'ouvre. Or, au moment où la succession s'est ouverte, l'enfant légitimé était encore enfant naturel; comme tel, il ne pouvait succéder qu'à ses père et mère; il ne pouvait succéder aux autres membres de la famille, puisque l'enfant naturel n'entre pas dans la famille de ceux qui le reconnaissent. Vainement dirait-il qu'il a les mêmes droits que les enfants légitimes en vertu de l'article 333; c'est ce même article qui l'exclut de l'hérédité, en posant le principe que la légitimation ne rétroagit pas (1). L'application du principe est évidente quand l'enfant naturel naît postérieurement à l'ouverture de la succession et avant la célébration du mariage. Il y a quelque doute lorsque l'enfant conçu lors de l'ouverture de la succession, mais avant le mariage de ses père et mère, naît pendant le mariage. Ne pourrait-on pas dire que, dans ce cas, il n'y a pas de légitimation proprement dite? C'est l'opinion que nous avons enseignée. L'enfant naît donc légitime; ne peut-il pas invoquer le principe que l'enfant conçu est censé né quand il s'agit de son intérêt, principe écrit dans l'article 725? Cette argumentation entraîna la cour d'Orléans, mais son

(1) Toullier, *le Droit civil français*, t. II, nº 930, p. 134.

arrêt fut cassé sur les conclusions de Merlin. Sans doute l'enfant naît légitime, dans notre opinion, mais il ne suffit pas de naître légitime pour recueillir une succession ouverte avant la naissance, il faut exister lors de l'ouverture de l'hérédité; l'enfant existait, il est vrai, puisqu'il était conçu, mais il était naturel lors de sa conception ; dès lors il ne peut pas invoquer l'adage. Comme le dit très-bien la cour de cassation, si l'on veut reporter la naissance à l'époque de la conception, et c'est là le sens de l'adage, l'enfant sera né naturel, partant incapable de succéder : veut-on reporter sa conception à l'époque de sa naissance, il sera légitime à la vérité, mais il ne pourra prétendre aucun droit à une succession ouverte avant sa naissance. C'est l'opinion unanime des auteurs (1).

189. Peut-on transiger sur la légitimation? Ici reparaît l'assimilation de la légitimation et de la légitimité. La légitimation déterminant l'état des personnes aussi bien que la filiation légitime, il faut appliquer le principe que l'état des personnes n'est pas dans le commerce. Donc aucune convention, aucune transaction ne serait valable si elle portait sur l'état des enfants légitimés. Ainsi si des parents légitimes reconnaissaient la légitimité d'enfants adultérins légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, la convention ou transaction serait nulle. Mais il peut y avoir des conventions sur les droits pécuniaires attachés à la filiation légitime. Il faut en dire autant des droits pécuniaires résultant de la légitimation. La cour de cassation l'a décidé ainsi. Des enfants légitimes étaient en présence d'enfants légitimés ; ceux-ci étaient adultérins, ils auraient donc pu être écartés du partage de la succession de leur père. On ne leur opposa pas le vice de leur naissance, ni la nullité de la légitimation : les parties intéressées transigèrent sur les droits résultant des deux communautés qui avaient été confondues. Dans les actes qui constataient les conventions, les enfants adultérins furent qualifiés d'héritiers, de même que leurs frères et sœurs

(1) Arrêt de cassation du 11 mars 1811 et arrêt conforme, sur renvoi, de la cour de Paris du 21 décembre 1812 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 81).

légitimes. Ceux-ci s'emparèrent de ce mot et soutinrent que la transaction avait pour objet et pour effet de reconnaître la qualité d'héritier à des enfants adultérins, qu'elle portait donc sur l'état civil, et que partant elle était nulle. La cour de Paris repoussa ces prétentions et son arrêt fut confirmé par la cour de cassation. Il n'y avait pas, dans l'espèce, de transaction sur l'état des personnes ; ce qui le prouvait à l'évidence, c'est qu'il ne s'éleva pas le moindre débat sur le vice d'adultérinité, bien que ce vice fût parfaitement connu des parents légitimes ; si l'on donnait aux enfants légitimés le titre d'héritier, c'était, comme le dit la cour, pour la facilité du langage et d'une manière énonciative. Donc la convention était purement pécuniaire et valable à ce titre (1).

(1) Arrêts de Paris du 6 février 1851 et de la cour de cassation du 29 mars 1852 (Dalloz, 1854, 1, 392).

TITRE VIII.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE (1).

---

190. L'adoption était inconnue dans notre ancien droit, même dans les pays de droit écrit. Il y avait des coutumes qui la proscrivaient formellement; telle était celle de Lille (tit. XVI, art. 4) : *Adoption n'a lieu,* dit-elle. On trouve la même disposition dans la coutume d'Audenarde (rubr. XX, art. 3) (2). Le droit romain l'admettait, et elle y était d'un fréquent usage. Cela tenait au caractère artificiel de la famille romaine. Tous les parents maternels et une partie des parents paternels étaient exclus de la classe des agnats et par suite ils ne pouvaient ni hériter, ni être tuteurs. Il arrivait donc souvent que l'on restait sans parents civils bien que l'on eût des parents naturels. De là l'utilité, la nécessité même de l'adoption, qui créait, par un bénéfice de la loi, une parenté fictive, mais produisant tous les effets de la parenté véritable. La religion était un autre motif qui avait fait introduire l'adoption; chaque famille

(1) Riffé, *Traité de l'adoption.* Un vol. in-8°. Paris, 1813.
(2) Merlin, *Répertoire,* au mot *Adoption,* § I. nº 2 (t. Ier, p. 215).

avait son culte particulier auquel elle tenait beaucoup; l'adoption offrait un moyen de le perpétuer. Enfin elle permettait à l'adoptant de transmettre son nom : les empereurs s'en servirent pour se créer des successeurs que la nature leur refusait (1).

La comparaison du droit romain et de nos anciennes coutumes est très significative. Elle témoigne contre l'adoption. C'est une fiction légale, et une fiction introduite dans des relations qui reposent sur ce qu'il y a de plus naturel, les liens du sang. Conçoit-on que le sang se crée par le bénéfice de la loi? Les Germains ignoraient les fictions romaines, ils suivaient les lois de la nature, et voilà pourquoi ils écrivirent dans leurs coutumes : *Adoption n'a lieu.* La révolution française l'établit en principe (loi du 18 janvier 1792). C'est sans doute le prestige que la république romaine exerçait sur les esprits à cette époque, qui amena le législateur à emprunter à Rome une institution que la monarchie n'avait pas connue. On ne se doutait pas que l'adoption avait ses racines dans des idées et des mœurs absolument étrangères à la France nouvelle. Mais le législateur eut beau se faire romain, la nation ne le suivit pas. Les ardents républicains se contentèrent de prendre des noms devenus célèbres dans l'histoire du peuple-roi. Quant à l'adoption, elle ne servit guère qu'à donner une espèce de légitimation à des enfants naturels. Elle avait trouvé si peu d'écho dans les esprits que la commission instituée par le premier consul pour préparer un projet de code civil, la passa sous silence; pour mieux dire, elle se prononça à l'unanimité contre cette innovation d'emprunt (2). La section de législation du conseil d'Etat la rétablit, entraînée sans doute par l'autorité des lois révolutionnaires. Mais les idées étaient si peu arrêtées sur cette institution, qu'il n'y eut pas moins de six projets différents successivement adoptés, repoussés, remaniés. En définitive, il ne resta rien ou à peu près de l'adoption romaine. L'adoption, telle que le code civil la

(1) Namur, *Cours d'Institutes et d'histoire du droit romain*, t. Ier, p. 97.
(2) Tronchet le dit dans la séance du conseil d'Etat du 6 frimaire an x, no 12 (Locré, t. III, p. 181).

consacre, est empruntée au code prussien (1). Le but et l'effet de l'adoption romaine était de faire entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant, tandis que l'adoption du code Napoléon n'opère pas de changement de famille.

191. Portalis dit qu'à proprement parler, on ne fait pas les codes, qu'ils se font avec le temps. Quand le législateur veut introduire une institution tout à fait nouvelle, que la nation ne réclame point, qui est étrangère à ses mœurs, il échoue. Au moment où l'on discuta le projet de code civil, les esprits étaient encore imbus d'une fausse idée que la Révolution avait également empruntée aux républiques de l'antiquité; on croyait à la toute-puissance du législateur. « Les hommes ont les sentiments qu'on leur inculque, » dit Napoléon. On lit dans l'Exposé des motifs de Berlier : « Que la loi consacre l'adoption, et les mœurs y applaudiront. Eh! comment, sans faire injure au peuple français, pourrait-on penser que son caractère répugne à une institution qui doit être tout ensemble une consolation pour celui qui adopte et un acte de bienfaisance envers celui qui est adopté (2)? »

Il faut d'abord écarter la bienfaisance; elle a mille moyens de s'exercer sans avoir besoin de l'adoption. Berlier dit que la bienfaisance libre ne donne aucun droit, ne crée aucun devoir; qu'elle n'a, ni pour celui qui l'exerce, ni pour celui qui en recueille le bienfait, ce caractère sacré qui unit un père à son enfant (3). Il y a dans ces paroles une singulière confusion d'idées et une illusion tout aussi étrange. La charité n'est-elle pas libre de son essence? peut-il encore être question de charité quand la loi intervient pour imposer des obligations et pour établir des droits? A vrai dire, ce n'est pas la bienfaisance qui préside à l'adoption, c'est l'affection de l'adoptant pour l'adopté, et l'espérance que l'adopté aura pour lui la même affection. Là est la consolation dont tous les auteurs parlent; mais cette affection qui doit tenir lieu des liens du sang, qu'est-ce sinon une illusion? Maleville dit très-bien au conseil

(1) Toullier, *le Droit civil français*, t. II, nº 983, p. 158.
(2) Berlier, Exposé des motifs, nº 4 (Locré, t. III, p. 263).
(3) Séance du conseil d'État du 6 frimaire an x, nº 3 (Locré, t. III, p. 178).

d'Etat : « Croit-on que le titre de père donné par la loi, mais toujours tacitement désavoué par la nature, suffise pour transmettre avec lui tous les sentiments de la paternité? Un homme peut-il dire en voyant un fils adoptif : Voilà le sang de mon sang et l'os de mes os! Et cette miséricorde inépuisable qui me fait oublier tous ses écarts à la première apparence de retour, l'aurai-je pour un fils adoptif dont la conduite me prouvera cruellement mon erreur et trompera toutes mes espérances (1)? »

Le premier consul, grand partisan de l'adoption, a fait la critique la plus vive du système que le code consacre. Il voulait que l'adoption fût une imitation complète de la nature, que dis-je? elle devait dépasser la nature. « Si, dit-il, l'adoption ne doit pas faire naître entre l'adoptant et l'adopté les sentiments et les affections de père et de fils et devenir une imitation parfaite de la nature, il est inutile de l'établir. Elle n'est plus, en effet, qu'une simple institution d'héritier. » Napoléon voulait qu'on l'organisât de façon qu'elle obtînt dans le cœur du fils adopté la préférence sur le père naturel. « Qu'on l'érige en sacrement politique, dont l'autorité la plus éminente sera le ministre. Elle agira, pour ainsi dire, comme grand pontife de la France, au nom du souverain dont la puissance sur la terre est une vive image de la toute-puissance de Dieu (2). »

Napoléon était un homme de l'antiquité, un vrai César, l'incarnation de la souveraineté nationale. Dieu nous garde du retour de cette toute-puissance! Il faut la voir aux prises avec les sentiments les plus indestructibles de la nature, pour se convaincre qu'au lieu d'imiter la puissance divine au nom de laquelle elle prétend agir, elle viole les lois que Dieu a données à l'homme. Réal répondit au premier consul que l'adoption, telle qu'il la concevait, était une belle fiction, mais que jamais cette institution légale ne pourrait rivaliser avec la vérité, que jamais elle n'imposerait silence aux affections de la nature. « La loi, dit Réal, ne pourra

(1) Séance du conseil d'Etat du 6 frimaire an x, n° 10 (Locré, t. III, p. 180).
(2) Séance du conseil d'Etat du 14 frimaire an x, n° 18 (Locré, t. III, p. 202).

jamais faire que des héritiers; la nature seule peut former ces indissolubles liens qui attachent l'enfant au père, le père à l'enfant. La loi qui voudrait obtenir davantage, la loi surtout qui voudrait effacer, déplacer les affections sacrées de la nature, ne sera jamais exécutée. Toujours dans le cœur d'un fils le père naturel obtiendra la préférence sur le père adoptif; et si le père donné par la loi se trouvait en même temps dans un même danger que le père naturel, en vain la loi, la raison, la justice, le devoir me crieraient de voler au secours du père adoptif, la nature, plus forte que la loi, que la raison, que la justice, m'entraînerait vers le père que la nature m'aurait donné. » C'est à cette vive revendication des droits de la nature que le premier consul répondit les paroles que nous avons citées : « Les hommes ont les sentiments qu'on leur inculque. Si donc on forme de bonne heure ceux de l'adopté, il préférera son père adoptif à son père naturel (1). »

192. Quelle est la conclusion de ce débat? L'adoption est inutile, dit le premier consul, si elle ne donne pas au père adoptif un fils. Cela est impossible, dit Réal. Et les auteurs du code ont été de son avis, puisque l'adoption laisse l'adopté dans sa famille. Il prend le nom de l'adoptant et il lui succède : voilà toute l'adoption. C'est donc, comme le disait Napoléon, une institution d'héritier. Dès lors à quoi sert-elle? Elle n'est pas entrée dans nos mœurs, c'est l'aveu unanime des auteurs. Les rares adoptions qui se font ne sont pas, comme le supposaient les auteurs du code, une œuvre de bienfaisance, ou un témoignage d'affection que l'adoptant donne à un enfant qui lui est étranger; c'est un père qui adopte son enfant naturel. La légalité de ces adoptions est vivement controversée ; nous les croyons légales; toujours est-il que le législateur français n'avait pas en vue les enfants naturels, car la plupart des conditions qu'il établit supposent que l'adopté n'est pas lié à l'adoptant par un lien de parenté. L'expérience est décisive : nos mœurs repoussent la fiction de l'adoption, et

(1) Séance du conseil d'Etat du 14 frimaire an x, n° 19 (Locré, t. III, p. 202, 203).

nous pouvons encore dire avec nos vieilles coutumes : *Adoption n'a lieu*. Elle n'est pratiquée que pour donner aux enfants naturels les droits d'enfants légitimes. Nous ne la repoussons pas en ce sens; mais au moins devrait-elle être organisée de manière que la loi fût en harmonie avec la réalité des choses.

193. L'adoption peut se faire entre-vifs ou par testament; les conditions sont essentiellement différentes. Quand elle se fait par acte entre-vifs, la loi exige des conditions plus rigoureuses. Mais parfois elle se relâche de cette rigueur, c'est lorsque l'adoption est conférée pour récompenser un service éminent que l'adoptant a reçu de l'adopté. On l'appelle alors adoption rémunératoire. L'adoption qui a lieu d'après le droit commun se nomme adoption *ordinaire;* il y a des auteurs qui l'appellent *gracieuse,* parce que c'est un bienfait de l'adoptant.

Les effets de l'adoption sont les mêmes, que l'adoption soit gracieuse ou rémunératoire, qu'elle se fasse par acte entre-vifs ou par testament. On peut la définir : un acte solennel qui crée entre deux personnes des rapports analogues à ceux qui résultent de la filiation légitime, sans que l'adopté change de famille. Nous disons que l'adoption est un acte *solennel;* en effet, de quelque manière qu'elle se fasse, la loi exige certaines formes qui doivent être remplies pour que l'adoption existe. Nous ne disons pas que l'adoption crée une parenté civile; comme l'adopté ne change pas de famille, l'adoption n'est plus, comme elle l'était en droit romain, une imitation de la nature. Toutefois cette idée, qui était celle du projet primitif, a laissé des traces dans les dispositions du code qui règlent les conditions et les effets de l'adoption.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ADOPTION ENTRE-VIFS.

SECTION I. — De l'adoption ordinaire.

§ Ier. *Conditions de l'adoption.*

194. La loi prescrit des conditions pour l'adoptant et pour l'adopté. Elle garde le silence sur une condition qui est commune à l'un et à l'autre. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour exiger que l'adoptant et l'adopté jouissent des droits civils. L'interprète peut-il prescrire une condition requise pour la validité d'un acte, alors que la loi ne l'établit point? Non, certes. Il faut donc que la condition que nous venons de mentionner soit l'œuvre du législateur. Si, au titre de l'Adoption, la loi n'en parle pas, c'est qu'il était inutile de répéter ce qui se trouvait déjà dit dans l'article 11. C'est ce que Merlin a démontré avec sa logique habituelle. Dans le titre VIII, le législateur ne s'occupe que des conditions particulières au contrat d'adoption ; il se réfère aux règles générales tracées ailleurs sur la capacité des personnes. Ainsi il ne dit pas que l'adoptant et l'adopté doivent avoir la capacité de consentir ; cela allait sans dire, puisque l'adoption entre-vifs est un contrat, ce qui implique que les parties contractantes doivent être capables de consentir. Par la même raison, le code Napoléon ne dit pas que l'adoptant et l'adopté doivent avoir la jouissance des droits civils. L'article 11 le dit en disposant que « l'étranger jouira en France des mêmes droits que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. » Merlin admet avec la jurisprudence que cet article est restrictif, et que par suite l'étranger est exclu de tous les droits qui ne sont que des créations de la loi française. Reste à savoir si l'adoption est une institution de pur

droit civil. Poser la question, c'est la résoudre. L'adoption est une fiction de la loi, elle établit entre l'adoptant et l'adopté des rapports analogues à ceux qui résultent de la filiation; voilà pourquoi l'acte doit être transcrit sur les registres de l'état civil; voilà pourquoi la majorité ordinaire ne suffit point pour que l'adopté puisse consentir au contrat d'adoption, il faut qu'il ait la majorité spéciale que la loi exige pour le mariage; voilà pourquoi l'acte est reçu, non par un notaire, mais par le juge de paix; voilà pourquoi le pouvoir judiciaire intervient pour l'homologuer. Faut-il demander encore si l'adoption est un acte qui n'existe que par la loi? Donc le droit de le former constitue un de ces droits civils dont les étrangers sont exclus par l'article 11 (1).

Il y a un arrêt contraire de la cour de Colmar. Elle distingue entre l'adoptant et l'adopté; le premier, dit-elle, doit être Français, le second peut être étranger. La distinction est peu juridique. Il n'y a pas plus de texte pour l'un que pour l'autre. C'est donc par l'article 11 que la question doit être décidée. Or, le contrat d'adoption étant de droit civil, tous ceux qui y figurent comme parties contractantes doivent avoir, non la qualité de Français, comme le dit la cour de l'adoptant, mais la jouissance des droits civils. Sur le pourvoi, l'arrêt fut cassé; la cour de cassation décida que l'article 11, conçu dans des termes généraux et absolus, comprenait tous les droits civils sans exception; que par suite, hors les cas prévus par les lois ou les traités, l'étranger n'est pas plus capable de jouir passivement de ces droits que de les exercer d'une manière active. La conséquence est évidente : « l'adoption est un contrat de droit civil parce qu'elle établit entre l'adoptant et l'adopté des rapports de paternité et de filiation qui les constituent civilement l'un envers l'autre dans un état personnel, permanent et irrévocable, dont les effets sont déterminés par la loi. » La cour de Dijon, à laquelle l'affaire fut renvoyée, adopta cet avis, et sur un nouveau pourvoi,

(1) Merlin, *Questions de droit,* au mot *Adoption,* § II (t. Ier, p. 140 et suiv.).

il intervint un arrêt de rejet. La jurisprudence étant constante et en harmonie avec l'interprétation de l'article 11 que nous avons admise, il est inutile d'insister (1).

N° 1. CONDITIONS SPÉCIALES CONCERNANT L'ADOPTANT.

195. L'article 343 porte que l'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de cinquante ans. Berlier explique les motifs de cette première condition. L'adoption n'est accordée que comme consolation à ceux qui n'ont pas d'enfants ou qui ont eu le malheur de les perdre : on ne devait donc pas l'autoriser à un âge où la nature permet encore d'en avoir par le mariage. Si l'adoptant est marié, il ne peut plus espérer qu'à cinquante ans une union restée stérile jusque-là cessera de l'être : la nature même lui interdit cet espoir. Pour la femme, cette limite existe, alors même qu'elle ne serait pas mariée. A l'égard des hommes, il en est bien peu qui après cinquante ans songent au mariage ; il y a plus, dit l'orateur du gouvernement, il n'est guère dans l'intérêt social qu'ils y songent (2).

On voit que la loi permet l'adoption aux célibataires, mais seulement à l'âge de cinquante ans. La question fut vivement agitée lors de la discussion du projet de code civil. En accordant l'adoption à ceux qui n'ont jamais été mariés, on craignait de détourner les hommes du mariage. Berlier a raison de dire que ce sont là de vaines craintes. On ne reste pas célibataire pour le plaisir d'adopter, à l'âge de cinquante ans, un enfant étranger : les hommes ne font pas de ces calculs. Les uns ne se marient pas parce qu'ils ne le peuvent pas ; à ceux-là il n'y a certes pas de motif de refuser la consolation de l'adoption, si consolation il y a. Quant à ceux qui préfèrent les plaisirs faciles du célibat au sérieux bonheur du mariage, ils ne songent

(1) Les arrêts sont rapportés dans Dalloz, au mot *Adoption*, n° 112. La jurisprudence belge est conforme. Voyez les arrêts de Bruxelles du 20 février 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 282), du 1er mai 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 306) et du 17 mars 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 137).

(2) Berlier, Exposé des motifs, n° 6 (Locré, t. III, p. 263).

certes pas à l'adoption. Que si, arrivés au seuil de la vieillesse, ils veulent se corriger, pourquoi la loi ne le leur permettrait-elle pas? Laissons faire la nature; Montesquieu l'a bien jugée en écrivant ces paroles : « Partout où il se trouve une place où deux personnes peuvent vivre commodément, il se fait un mariage (1). »

196. Il y a une seconde condition qui se rapporte à l'âge. L'adoptant doit avoir au moins quinze ans de plus que l'adopté (art. 343). Cette condition tient au système qui avait prévalu d'abord au conseil d'Etat, et d'après lequel l'adoption devait être une image aussi parfaite que possible de la paternité naturelle; il fallait donc qu'il y eût entre l'adoptant et l'adopté la distance d'âge qui est entre le père et l'enfant auquel il donne le jour (2). Ce système a été abandonné; l'adoption n'est plus une paternité fictive; le code ne donne jamais à l'adoptant le nom de père. Sans doute, il serait ridicule que l'adopté fût du même âge que l'adoptant, puisqu'il y a toujours une certaine image de paternité dans l'adoption. Mais il suffisait d'exiger, comme on l'a fait pour l'adoption rémunératoire, que l'adoptant fût plus âgé que l'adopté (art. 345).

197. La troisième condition est que l'adoptant n'ait ni enfants ni descendants légitimes à l'époque de l'adoption (art. 343). Celui à qui la nature á donné des enfants ne doit pas chercher une consolation dans une paternité qui est à peine une fiction, alors qu'il a les douceurs de la paternité véritable.

Celui qui a des enfants naturels peut adopter. On a vivement soutenu l'opinion contraire devant la cour de cassation, en prétendant que le mot *légitimes,* dans l'article 343, se rapportait aux *descendants* et non aux *enfants*. Celui qui a un enfant, fût-il naturel, peut-il dire qu'il est sans enfant? Y a-t-il une raison pour lui permettre une paternité purement fictive, alors qu'il a des enfants qui sont le sang

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 7 (Locré, t. III, p. 263, 264). Discours de Gary, orateur du Tribunat, n° 14 (Locré, t. III, p. 285 et suiv.). Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, XXIII, 10.

(2) Berlier, dans la séance du conseil d'Etat du 6 frimaire an X, n° 3 (Locré, t. III, p. 188).

de son sang? ne tient-il pas à lui de les légitimer? Ces raisons de douter ne pouvaient prévaloir contre le texte qui est formel (1). L'esprit de la loi, quoi qu'on en ait dit, ne laisse pas plus de doute. Nous allons voir que l'enfant naturel peut être adopté, ce qui prouve à l'évidence qu'un enfant naturel ne peut pas être assimilé à un enfant légitime; l'enfant naturel, loin de procurer à son père les douces joies de la paternité, est un reproche vivant de son inconduite, une tache dans sa vie; le plus souvent il reste complétement étranger au père, et pour la mère, il est le témoignage de son déshonneur. On conçoit donc que le législateur ait permis à celui qui a un enfant naturel de chercher une consolation à ses ennuis dans une paternité qui, si elle est fictive, est au moins honorable.

Celui qui a un enfant adoptif peut-il encore faire une nouvelle adoption? Le texte du code le suppose; en effet, il est dit dans l'article 348 que le mariage est prohibé entre les enfants adoptifs du même individu. Au Tribunat, on avait proposé d'ajouter un article, aux termes duquel nul ne pouvait avoir plus d'un enfant adoptif; après une forte discussion, la section de législation se prononça pour le principe contraire. Si l'adoption est une image de la nature, pourquoi n'y aurait-il pas plusieurs enfants adoptifs dans une famille, comme il s'y trouve plusieurs enfants par le bienfait de la nature? Dira-t-on que les nouvelles adoptions léseraient les droits du premier adopté? Il ne peut plus être question de fraude à la loi quand la loi permet (2).

198. Il n'y a donc que l'existence d'un enfant légitime qui empêche l'adoption. Suffit-il que l'enfant soit conçu? Il y a quelque motif de douter. En général, l'enfant n'est réputé existant que lorsqu'il est né. Par une fiction, l'on admet qu'il est censé né dès qu'il est conçu, mais cela suppose qu'il a un droit à exercer. Or, dans l'espèce, on invoque la conception de l'enfant pour empêcher le père

(1) Arrêt de la cour de cassation du 3 juin 1861 (Dalloz, 1861, 1, 336).
(2) Observations de la section de législation du Tribunat, n° 9 (Locré, t. III, p. 257). Bourges, 21 frimaire an XII (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 86).

d'exercer un droit. Toutefois l'opinion générale, sauf le dissentiment de Valette, admet que l'enfant est un obstacle à l'adoption (1). C'est une extension de l'adage que l'enfant conçu est censé né, mais elle nous semble très-logique. Qu'importe que l'enfant n'ait pas encore de droit à exercer? N'est-il pas très-intéressé à ce qu'un enfant adoptif ne vienne pas lui enlever l'affection de son père, tout ensemble et une partie de son patrimoine?

L'article 343 dit : *à l'époque de l'adoption*. Quelle est cette époque? La question est controversée; la solution dépend du point de savoir si l'adoption se forme lors du contrat d'adoption reçu par le juge de paix, ou s'il n'existe qu'après l'homologation donnée par le pouvoir judiciaire, ou même si elle date de la transcription qui doit être faite de l'acte d'adoption sur les registres de l'état civil. Nous examinerons la question plus loin. Quelle que soit l'époque que l'on adopte, il reste à fixer le moment de la conception. Faut-il appliquer les présomptions que la loi établit sur la durée de la grossesse, dans les articles 312-315? Nous avons émis à plusieurs reprises l'opinion que les présomptions légales ne s'étendent pas. Peut-être le législateur aurait-il dû établir des présomptions générales, absolues, pour toutes les hypothèses qui peuvent se présenter. Mais il ne l'a pas fait. Cela décide la question, si l'on veut s'en tenir à la rigueur des principes. Les auteurs sont divisés : les uns appliquent les présomptions telles que la loi les établit au titre de la *Filiation* (2) : les autres distinguent et n'admettent que les présomptions sur la durée la plus courte et la durée la plus longue de la grossesse, et s'en rapportent à l'appréciation du juge quand l'enfant naît dans l'intervalle du cent quatre-vingtième au trois centième jour (3). Cette distinction est arbitraire; il faut ou admettre les présomptions ou les rejeter.

199. La quatrième condition est spéciale à l'adoptant

(1) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Adoption*, n° 81. Il faut ajouter Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 141, n° 76 *bis* III, et Demolombe, t. VI, p. 12, n° 16.
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 270, n° 278.
(3) Demolombe, t. VI, p. 13, n° 17. Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 142, n° 76 *bis* III.

qui est marié. Nul époux, dit l'article 344, ne peut adopter qu'avec le consentement de l'autre conjoint. L'adoption faite malgré le conjoint serait une cause de trouble et de discorde, et de plus elle léserait les intérêts de celui qui refuse son concours. Napoléon insista beaucoup au conseil d'Etat pour que l'adoption se fît toujours par les deux conjoints. Elle cesserait d'imiter la nature, dit-il, s'il était permis à l'un des époux de se donner un enfant qui n'appartînt pas à l'autre. Berlier répondit que l'un des époux pouvait avoir, pour adopter, des raisons que l'autre n'a point : l'un a des parents éloignés qu'il connaît à peine, ou qu'il affectionne peu, tandis que l'autre a de proches parents qu'il aime. D'ailleurs forcer les deux époux à adopter, ce serait réellement jeter dans la famille un principe de désunion : l'un tâchant d'imposer ses désirs à son conjoint, l'autre ne cédant qu'à cette violence morale, regrettant ensuite sa faiblesse et haïssant l'enfant, victime innocente de cette discorde. Mieux valait certes laisser à chacun sa liberté (1). Si les deux époux ont le même désir et les mêmes intérêts, ils peuvent adopter le même enfant; c'est ce que dit l'article 344 en ces termes : « Nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux. » Quelque faible que soit la fiction de la paternité adoptive, la loi ne pouvait pas admettre que, même fictivement, un enfant eût plusieurs pères. Que s'il avait permis l'adoption à un homme et à une femme non mariés, il aurait pu les détourner du mariage, lorsque, comme cela arrive le plus souvent, l'enfant adopté est un enfant naturel; les père et mère ont un moyen plus simple, dans ce cas, et plus efficace de s'attacher l'enfant par un lien légitime, c'est de le légitimer en se mariant.

200. L'article 345 prescrit une cinquième condition : il faut que l'adoptant ait, pendant six ans au moins, fourni à l'adopté mineur des secours et donné des soins non interrompus. Gary explique très-bien, dans son discours, les motifs pour lesquels la loi exige ces longs rapports de

(1) Séance du conseil d'Etat du 4 nivôse an x, n° 4 (Locré, t. III, p. 219, 220).

bienfaisance entre l'adoptant et l'adopté, et la raison pour laquelle ils doivent avoir lieu pendant la minorité de l'enfant. « La loi doit s'assurer que celui qui veut obtenir le titre de père en a déjà les sentiments, et la preuve de ces sentiments ne peut résulter que des soins donnés pendant de longues années à l'enfant mineur. Ce n'est pas, en effet, pour un individu déjà parvenu à la majorité qu'on éprouve des sentiments de père. On les accorde d'abord à la faiblesse, aux grâces, à l'ingénuité, à la candeur de l'enfance. Ces sentiments s'affermissent et se perpétuent dans un âge plus avancé; mais c'est dans l'âge tendre qu'ils naissent. C'est alors que l'habitude des soins rendus et reçus forme véritablement une seconde nature. L'amour paternel se forme avec les bienfaits, la piété filiale avec la reconnaissance (1) ». Nous ne continuons pas ce tableau idéal. C'est la théorie de la loi, mais la loi est restée à l'état de théorie.

201. La loi, en traçant les formes de l'adoption, prescrit une dernière condition. Elle veut que le tribunal vérifie si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation (art. 355). Il ne faut pas que l'adoption couvre des relations honteuses. Cela est peu probable, car ceux qui recherchent ces plaisirs illicites ne songent guère à donner la légitimité à des liaisons que la morale désavoue; ils demandent des plaisirs faciles, sans aucune obligation.

202. On demande si un prêtre catholique peut adopter. La question a été vivement agitée en France. Elle a été décidée affirmativement par la cour de cassation, par la raison très-simple qu'il n'y a aucune disposition qui défende l'adoption au prêtre catholique (2); or, pour établir une incapacité, il faut un texte de loi, de même qu'il en faut un pour prescrire une condition. Or, le code civil ne fait certes pas de la prêtrise une condition d'incapacité. Invoquera-t-on les canons de l'Eglise? On avoue qu'il n'y en a point. On objecte l'esprit de la religion catholique, qui demande au prêtre une abdication entière des intérêts

(1) Discours de Gary, orateur du Tribunat, n° 9 (Locré, t. III, p. 284).

(2) Arrêt du 26 novembre 1844 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 99). La question est très-bien discutée dans le *Répertoire* de Dalloz.

de ce monde. Cela est vrai; mais comment fonder sur l'esprit d'une religion une incapacité civile? Nous n'insistons pas. En droit français, la question est décidée pour tout jurisconsulte par l'arrêt de la cour de cassation. En Belgique, la question ne peut pas même être posée. M. Nothomb a déclaré, lors de la discussion de la Constitution belge, que les prêtres, de quelque religion qu'ils soient, n'étaient que des individus aux yeux de la loi, c'est-à-dire des citoyens. Nous n'avons donc pas à nous préoccuper de l'esprit de l'Eglise catholique, pas plus que de ses canons. Le juge les ignore, il n'a pas le droit d'en tenir compte.

Nº 2. DES CONDITIONS CONCERNANT L'ADOPTÉ.

203. L'article 346 porte que l'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté. On voit, par les termes dans lesquels la loi formule cette condition, qu'elle y attache une grande importance. L'adoption entre-vifs étant un contrat, il va sans dire que l'adopté doit consentir. S'il est mineur, il ne peut consentir. Il est vrai que la loi permet au mineur de contracter mariage avec le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille. C'est une exception que le législateur a admise en faveur du mariage et que peut-être il n'aurait pas dû admettre. Toujours est-il qu'il n'y avait pas lieu de l'étendre à l'adoption. Une paternité qui est à peine une fiction ne mérite pas la faveur qui s'attache au mariage. Il résulte cependant de là un inconvénient. Si celui qui se propose d'adopter vient à mourir pendant la minorité de l'enfant, l'adoption deviendra impossible. Le législateur a prévu la difficulté; c'est en vue de cette éventualité qu'il a organisé l'adoption testamentaire par le tuteur officieux.

204. L'adopté, quoique majeur, doit avoir le consentement de ses père et mère ou du survivant, s'il n'a pas accompli sa vingt-cinquième année; s'il est majeur de vingt-cinq ans, il est tenu de requérir leur conseil (art. 346). Cette condition assimile l'adoption au mariage; elle suppose que l'adoption entraîne un changement d'état, ce qui

réellement n'est point, puisque l'adopté reste dans sa famille. La condition n'a donc pas de raison d'être dans le système consacré par le code. Ou, si l'on veut, il reste toujours, dans la pensée du législateur, une image de la paternité et de la filiation. Nous avons entendu le discours de Gary, l'orateur du Tribunat; il parle des sentiments du père, de la gratitude du fils, bien que la loi ne prononce pas ces mots sacrés. En définitive, l'adoption n'a pas de base fixe, logique; les conditions supposent une espèce de paternité, tandis que les effets donnent un démenti à cette idée.

Il y a, du reste, des différences considérables entre le consentement que la loi exige pour le mariage et le consentement qu'elle prescrit pour l'adoption. L'enfant qui se marie a besoin du consentement de ses ascendants, à défaut des père et mère (art. 150); l'adopté doit seulement avoir le consentement de ses père et mère ou du survivant. La fille majeure de vingt et un ans peut se marier sans le consentement de ses père et mère (art. 348); la loi ne fait pas cette distinction pour l'adoption, les filles comme les fils sont considérés comme mineurs jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de vingt-cinq ans. Quand il y a dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit pour le mariage (art. 148); la loi ne reproduit pas cette disposition de faveur quand il s'agit de l'adoption, et comme elle ne renvoie pas au titre du Mariage, il faut s'en tenir au texte de l'article 346 qui demande le consentement des père et mère. Enfin les enfants, quoique majeurs pour le mariage, doivent requérir le conseil de leurs ascendants par trois actes respectueux (art. 152); tandis que l'article 346 se contente d'une seule réquisition. Ces différences s'expliquent; d'une part, le mariage mérite une faveur bien plus grande que l'adoption, et d'autre part, il a une importance que la loi n'a pas pu attacher à une fiction (1).

205. Les enfants naturels reconnus peuvent-ils être adoptés? C'est une des questions les plus controversées;

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 195-196.

en voyant Merlin changer deux fois d'opinion, en voyant la cour de cassation varier, au point que la même chambre a décidé le pour et le contre en moins de trois ans (1), il faut bien reconnaître que la question est difficile et même douteuse. Cependant la jurisprudence paraît maintenant fixée; la cour de cassation est revenue à sa première opinion qu'elle avait abandonnée en 1843 (2); un arrêt de cassation rendu en 1868 décide en termes formels que les enfants naturels peuvent être adoptés. Le dissentiment est toujours grand entre les auteurs; les plus récents soutiennent avec une grande vivacité l'opinion contraire. Nous nous rangeons, sans hésiter, à l'opinion consacrée par la jurisprudence française et belge (3).

Le dernier arrêt de la cour de cassation réduit la difficulté à des termes très-simples : Y a-t-il une loi qui déclare les enfants naturels incapables d'être adoptés? Il en faudrait une pour qu'il y eût incapacité, car il est de principe élémentaire, comme le dit la cour, « que les incapacités doivent, pour être appliquées, résulter d'un texte précis et formel de la loi. » Or, il est certain que le titre de l'*Adoption* ne déclare dans aucun de ses articles qu'un enfant naturel ne peut être adopté par le père qui l'a reconnu. Cela décide la question. Toutefois ici les auteurs nous arrêtent, et il faut que nous les écoutions, ne fût-ce que pour montrer que des questions très-simples deviennent difficiles à force de subtilités.

Il ne s'agit pas d'une incapacité, dit M. Demolombe, d'après M. Odilon Barrot; il s'agit d'une impossibilité absolue et substantielle. Quel est l'objet de l'adoption? D'*établir*, de *créer* entre deux personnes des rapports de pater-

(1) L'arrêt du 28 avril 1841 de la chambre civile admit l'adoption d'un enfant naturel. Un arrêt du 16 mars 1843 décida que cette adoption est défendue. Le 1er avril 1846, la cour rétracta cette décision (Dalloz, au mot *Adoption*, no 116, p. 301 et suiv.).

(2) Arrêts du 3 juin 1861 (Dalloz, 1861, 1, 336) et du 13 mai 1868 (Dalloz, 1868, 1, 249-251).

(3) En 1843, quinze cours sur dix-huit admettaient l'adoption. La jurisprudence des cours de Belgique a toujours été en ce sens. Voyez Bruxelles, 7 novembre 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 222); Gand, 4 mai 1838 (*Pasicrisie*, 1838, p. 115); Bruxelles, 9 mars 1842 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 223) et 11 juillet 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 223); Gand, 3 avril 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 384) et 2 août 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 322).

nité et de filiation, de leur permettre de s'appeler désormais des noms de père et de fils. Or, le père naturel et son enfant sont déjà unis, aux yeux de la loi même, par les rapports de paternité et de filiation. Donc l'adoption est, dans ce cas, impossible. Peut-elle créer par *fiction* ce qui existe par la *nature?* Ce serait une prétention monstrueuse (1). On a répondu que cet argument sentait la scolastique (2). Le reproche est fondé; notre science est une face de la vie, elle doit rester dans la réalité des choses, et bien se garder des abstractions; ce serait un moyen sûr de se perdre. Pour prouver que l'adoption d'un enfant naturel est impossible, que fait M. Demolombe? Il commence par donner de l'adoption une définition qui n'est pas celle du code civil. Que dis-je? c'est une définition que les auteurs du code Napoléon ont rejetée. Où est-il dit que l'adoption a pour objet de permettre à l'adoptant et à l'adopté de s'appeler des noms de père et de fils? Jamais la loi ne donne à l'adoptant le nom de père. L'idée que M. Demolombe dit être celle du code était celle de Napoléon; lui voulait que l'adoption *créât* une paternité nouvelle; mais on lui objecta que cela était impossible, parce que cela est contraire à nos sentiments et à nos mœurs. C'est donc une impossibilité répudiée par les auteurs du code que l'on invoque pour démontrer que l'adoption d'un enfant naturel est impossible. Descendons dans la réalité des choses, et l'impossibilité s'évanouira. L'adopté restera dans sa famille, il continuera à donner le nom de père à celui de qui il tient la vie; il se bornera à ajouter le nom de l'adoptant au sien. Cela est-il impossible? Il lui fournira des aliments; c'est une dette de reconnaissance qu'il paye. Cela est-il impossible? Il recueillera les biens de l'adoptant. Où est l'impossibilité? M. Duvergier a répondu d'avance à l'objection : « Où serait l'impossibilité dans une loi qui dirait : Les enfants nés hors mariage ne participent pas, en général, aux avantages dont jouissent ceux qui sont le fruit d'une légitime union. Toutefois si le père d'un enfant naturel exécute les

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VI, p. 40, 41, n° 52.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 489, note.

prescriptions au moyen desquelles chacun peut adopter un enfant qui lui est étranger, en ce cas l'enfant sera élevé au-dessus de sa condition ordinaire; il sera traité à peu près comme s'il était légitime (1). » Telle est la fiction : est-elle incompatible avec la réalité?

206. Ceux qui établissent une incapacité que la loi ne prononce pas disent qu'elle résulte des dispositions du code. En effet, la plupart des conditions qu'il exige sont impossibles à remplir, soit de la part du père naturel, soit de la part de l'enfant. Quelle est la condition essentielle? C'est que l'adoptant ait fourni des secours et donné des soins non interrompus à l'adopté pendant sa minorité; la loi suppose que ces secours, ces soins sont donnés par un sentiment de charité. Eh bien, dira-t-on du père qui entretient son enfant naturel qu'il fait un acte de bienfaisance? Nous demanderons de nouveau : Où est-il écrit que les soins soient donnés par pure libéralité? Est-ce que par hasard l'oncle qui élèverait son neveu ne pourrait pas l'adopter?

La loi veut que l'adopté ait le consentement de son père. Comment l'enfant naturel remplira-t-il cette condition quand celui qui l'adopte est son père? l'adoptant consentira-t-il à ce que lui-même fait? Oui, voilà une condition qui vient à tomber quand le père naturel adopte son enfant. Est-ce à dire que l'adoption devienne impossible? Elle serait donc presque toujours impossible. Quels sont les enfants que l'on adopte, que l'on devrait adopter, si l'on voulait rester dans l'esprit de la loi? Des enfants qui n'ont pas de père, des enfants trouvés. Cela est si vrai que, lors de la discussion, on voulait limiter le bienfait de l'adoption aux enfants qui n'auraient pas de père connu. La loi prescrit des conditions générales, mais elle n'entend certes pas que toutes soient toujours remplies : cela serait une vraie impossibilité et partant une absurdité, puisque d'une main la loi permettrait l'adoption et que de l'autre elle la refuserait (2).

Si on laisse là les abstractions pour se placer sur le terrain de la réalité, toutes les difficultés disparaissent. Le

(1) Duvergier sur Toullier, t. II, p. 163. Comparez l'arrêt de la cour de cassation du 28 avril 1841 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 116, p. 303).
(2) Riom, 30 mai 1838 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 116, p. 299).

père naturel, en adoptant, ajoute un lien civil au lien que la nature a formé, mais que la loi n'a pas consacré. Par cela même qu'il est père, il présente bien des garanties qu'un étranger n'offre point. Il est donc très-juste qu'on n'exige pas à la lettre les mêmes conditions. Ira-t-on chicaner l'adoptant sur la nature des soins qu'il a donnés à l'adopté? Lui dira-t-on que son consentement est vicié parce qu'il est le père? Il répondrait : Ce que la loi veut, c'est qu'il y ait un lien d'affection entre l'adoptant et l'adopté. Peut-il y avoir un lien plus fort que celui que la nature elle-même a créé? Ici nous rencontrons une nouvelle objection. S'il y a un lien de parenté entre celui qui adopte et celui qui est adopté, à quoi bon l'adoption? La reconnaissance de l'enfant naturel a produit presque tous les effets que l'adoption est destinée à produire; bien plus, elle a produit des effets que l'adoption ne peut produire. L'enfant naturel qui est adopté prendra-t-il le nom de l'adoptant? Il l'a. Devra-t-il des aliments et pourra-t-il en réclamer? L'obligation alimentaire existe déjà. De plus, le père a la puissance paternelle que l'adoptant n'a pas. A quoi, en définitive, l'adoption servira-t-elle?

207. Il n'y a qu'un effet, dit-on, que l'adoption peut produire, c'est de donner à l'enfant adopté des droits de succession qu'il n'aurait point comme enfant naturel. Mais ce droit nouveau est un argument décisif contre l'adoption de l'enfant naturel, car il implique une violation de la loi, ou, si l'on veut, une fraude à la loi. L'article 338 dit que les droits des enfants naturels sont réglés au titre des *Successions*. Or, la loi ne donne à l'enfant naturel qu'une faible partie des biens qu'il aurait recueillis s'il avait été légitime (art. 757); puis elle ajoute (art. 908) : « Les enfants naturels ne pourront, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions*. » C'est une incapacité d'ordre public! s'écrie M. Demolombe; il n'est pas permis d'y soustraire les enfants naturels, ni directement ni indirectement. Nous répondons avec la cour de cassation : Les limitations et prohibitions établies par les articles 757 et 908 peuvent cesser d'exister par l'effet des modifications que la loi per-

met d'apporter à l'état de l'enfant naturel. Ces modifications résultent soit de la légitimation, soit de l'adoption. La légitimation assimile, pour l'avenir, l'enfant naturel à l'enfant légitime. L'adoption a des effets moins étendus : l'enfant adopté est seulement assimilé à l'enfant légitime à l'égard de l'adoptant. Mais, dans ces limites, son état, en ce qui concerne le droit de succéder, est complétement changé; il se présente à la succession, non comme enfant naturel, mais comme enfant adoptif (1). Vainement dit-on que l'adoption n'efface pas la qualité ni l'état d'enfant naturel, puisqu'elle n'emporte pas de changement de famille, que partant l'adopté reste enfant naturel, donc soumis comme tel aux prohibitions de l'article 908. L'objection est une nouvelle subtilité. Nous allons rentrer dans le monde réel, en assistant aux discussions du conseil d'Etat (2).

208. Tronchet était un des adversaires obstinés de l'adoption; il ne cessa de combattre cette institution nouvelle. Quel est l'argument qu'il reproduit sans relâche? C'est celui-là même que nous venons d'entendre. Dès la première séance, il crie à la fraude. « Qu'est-ce que l'adoption, dit-il, quand on la voit à nu, sans le prisme des illusions? C'est un moyen d'éluder les prohibitions qui limitent la capacité de recevoir des enfants naturels. Si ces prohibitions ne sont pas justifiées par des motifs sérieux, qu'on les abolisse! Si, au contraire, la justice les avoue, si l'intérêt public les réclame, la loi, en donnant un moyen de les éluder, blesse l'intérêt et la justice et se contredit elle-même (3). » Voilà bien cette incompatibilité que M. Demolombe reproduit sous mille formes.

L'objection, venant d'un jurisconsulte éminent, fit impression. Dans le second projet, la section de législation inséra un article ainsi conçu : « Celui qui a reconnu, dans les formes établies par la loi, un enfant né hors mariage, ne peut l'adopter ni lui conférer d'autres droits que ceux qui

(1) Arrêt de Riom précité (Dalloz, au mot *Adoption*, p. 299 et 300), et arrêt de la cour de cassation de 1841 précité (Dalloz, *ibid.*, p. 303).
(2) Sur la discussion, voyez Dalloz, au mot *Adoption*, nº 118, et l'arrêt de Dijon du 30 mars 1844 (Dalloz, au mot *Adoption*, nº 116, p. 304).
(3) Séance du conseil d'Etat du 6 frimaire an x, nº 12 (Locré, t. III, p. 181 et suiv.)

résultent de cette reconnaissance; mais hors ce cas, il ne sera admis aucune action tendant à prouver que l'enfant adopté est l'enfant naturel de l'adoptant. » C'était dire que la reconnaissance empêchait l'adoption, mais que l'enfant non reconnu pouvait être adopté. Voilà la doctrine que M. Demolombe et la plupart des auteurs prétendent être celle du code civil. Eh bien, cette opinion fut formellement rejetée. Ecoutons la discussion.

Marmont commence par objecter que l'article compromettra l'état des enfants naturels; il pourrait arriver, en effet, que le père, pour se ménager la faculté de les adopter, différât de les reconnaître, et qu'il mourût ensuite sans les avoir ni reconnus ni adoptés. Berlier, rapporteur de la section de législation, avoue que la disposition est trop sévère; si la section l'a proposée, c'est pour ne pas se mettre en opposition avec l'article 338, lequel ne donne aux enfants naturels reconnus qu'une créance sur les biens de leur père. C'était l'éternelle objection de Tronchet. Emmery y répond, comme le fait la cour de cassation, que la créance de l'enfant naturel, c'est-à-dire le droit que lui donne l'article 757, est la règle, et que l'adoption est le cas particulier. C'est dire qu'il n'y a pas d'opposition, pas de contradiction, pas plus qu'il n'y en a entre une disposition qui établit une règle et une autre qui y apporte une exception. Emmery demande la suppression de l'article. Regnaut l'appuie. L'article est supprimé (1).

Que répond-on à la volonté du législateur, si clairement manifestée? Que l'article supprimé faisait partie d'un projet qui consacrait une tout autre théorie que celle qui finit par prévaloir; que, dans ce système, l'adoption opérait un changement de famille, tandis que dans le système du code, l'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant (2). Encore une subtilité. Quand Tronchet combattait l'adoption, comme donnant un moyen de frauder la loi sur les successions, faisait-il une distinction entre tel ou tel sys-

(1) Séance du 16 frimaire an x, n° 18 (Locré, t. III, p. 212).

(2) Benech a développé cette pensée dans une brochure intitulée : *De l'illégalité de l'adoption des enfants naturels*, de même que Pont, dans la *Revue de législation*, t. XVII, p. 750.

tème d'adoption? Non, il ne cessa de reproduire son objection contre tous les systèmes. Et quand la section de législation proposa l'article qui défendait d'adopter l'enfant naturel reconnu, le fit-elle à raison du système d'adoption qu'elle soumettait au conseil? Encore une fois, non. Enfin, quand Emmery combattit l'article, est-ce en le mettant en rapport avec le système d'adoption que l'on discutait? Toujours, non. La seule préoccupation de Tronchet était la fraude que la loi permettait de faire à ses propres prohibitions, fraude qui était la même dans toutes les théories. Et que lui répondait-on? Que la prohibition recevrait une exception, non pas à raison de tel ou tel système d'adoption, mais parce que l'incapacité dont on voulait frapper l'enfant naturel paraissait trop sévère, de l'aveu même du rapporteur de la section de législation. Donc cette discussion n'avait rien de commun avec la théorie de l'adoption; elle était générale : c'est de l'enfant naturel que l'on se préoccupait et non de l'adoption. On voulait que l'enfant pût recevoir comme adopté ce que la loi lui défendait de recevoir comme enfant naturel. Telle est la réalité mise à la place des suppositions.

Tronchet revint encore à la charge quand on discuta le troisième projet, toujours parce que l'adoption était un moyen frauduleux d'avantager les bâtards. Le premier consul lui répondit, et la réponse est péremptoire. « Ne serait-il pas heureux, s'écria-t-il, que l'injustice de l'homme qui, par ses déréglements, a fait naître un enfant dans la honte, pût être réparée sans que les mœurs fussent blessées? » « Précisément, répliqua Tronchet, les principes de la saine morale ont fait exclure les bâtards des successions; n'y aurait-il pas de l'inconséquence à les frapper d'une incapacité, et à placer à côté de cette incapacité un moyen de l'éluder? » Napoléon convint que donner aux bâtards la capacité de succéder, ce serait offenser les bonnes mœurs; « mais les mœurs, dit-il, ne sont plus outragées si cette capacité leur est rendue indirectement par l'adoption (1). »

Voilà la vraie pensée du législateur : elle est en harmo-

(1) Séance du 4 nivôse an X, n° 15 (Locré, t. III, p. 221 et suiv.).

nie parfaite avec l'interprétation consacrée par la jurisprudence. On invoque contre ces témoignages accablants quelques mots prononcés par Treilhard. « Si les enfants sont reconnus, dit-il, ils ne peuvent être adoptés; s'ils ne le sont pas, leur origine est incertaine. » Ces paroles, dit-on, ne reçurent aucune réponse, *pas même de la part des adversaires* (1). Naturellement, ceux qui partageaient l'avis de Treilhard ne pouvaient pas le combattre! Il eût, du reste, été très-facile aux adversaires de lui répondre : ils lui auraient dit que, nouveau venu au conseil, il ignorait que l'assemblée avait rejeté la proposition qu'il affirmait. Pourquoi ne firent-ils pas cette réponse? Par une raison très-simple, c'est que la question n'était pas en discussion; c'est incidemment que Treilhard prononça les quelques mots que l'on oppose à un débat régulier. Valait-il la peine de relever une assertion qui n'avait et ne pouvait avoir aucune portée (2)?

209. Il reste une difficulté dans cette difficile matière. On dit que si les enfants naturels peuvent être adoptés, quoique reconnus, les enfants adultérins et incestueux pourront aussi être adoptés. C'est, dit M. Dupin, la grande et solennelle objection que l'on fait contre l'opinion favorable à l'adoption des enfants naturels, opinion qu'il a soutenue comme procureur général devant la cour de cassation. Il répond qu'il faut distinguer. Les enfants adultérins et incestueux ne peuvent pas être reconnus. En général donc, leur état sera ignoré; dans ce cas, rien n'empêche de les adopter. Il faut ajouter que s'ils ne sont pas reconnus, on ne pourra pas rechercher leur filiation pour demander la nullité de l'adoption, car c'est un principe universellement admis que la recherche de la filiation adultérine ou incestueuse est interdite, contre les enfants aussi bien qu'en leur faveur. Il y a un arrêt en ce sens (3). Mais que faut-il décider si les enfants adultérins ou incestueux sont reconnus

(1) Demolombe, t. VI, p. 53, n° 52. Séance du conseil d'Etat du 27 brumaire an XI, n° 11 (Locré, t. III, p. 238).

(2) On peut voir, dans Dalloz (*Recueil périodique*, 1861, 1, p. 336, en note), la liste des auteurs qui ont traité la question. La plupart sont d'une opinion contraire à la nôtre.

(3) Arrêt de Grenoble du 7 mars 1849 (Dalloz, 1851, 2, 240).

malgré la prohibition de la loi? Dans l'opinion générale, cette reconnaissance est radicalement nulle ; considérée comme non avenue, elle ne peut pas plus nuire aux enfants, quand ils sont adoptés, qu'elle ne peut leur nuire quand ils reçoivent des libéralités. Toutefois, la jurisprudence n'est pas très-conséquente ; il a été jugé que si, dans l'acte même d'adoption, la filiation adultérine est constatée, l'adoption est nulle (1). A plus forte raison faudrait-il admettre la nullité, si la filiation des enfants était constatée par un jugement. Tel est aussi l'avis de M. Dupin. Le code, dit-il, ne réduit pas seulement cette classe d'enfants à des aliments, il défend de les légitimer, il défend même de les reconnaître, il leur refuse donc tout changement d'état ; de là suit que leur état ne peut pas être changé par l'adoption (2).

La conséquence ne nous paraît pas logique. De ce que la loi défend de reconnaître les enfants adultérins et incestueux, et par suite de les légitimer, on ne peut pas conclure qu'elle défend de les adopter. Pourquoi prohibe-t-elle leur reconnaissance et leur légitimation? Parce qu'elle ne veut pas que les père et mère affichent leur crime ou leur infamie ; elle ne veut pas que l'enfant adultérin ou incestueux reçoive, comme tel, autre chose que des aliments. Ces motifs n'ont rien de commun avec l'adoption. En adoptant les enfants, fruit malheureux de leur inconduite, les père et mère, loin de faire étalage de leur honte, essayent de la laver; ils réparent, autant que cela est possible, le mal qu'ils ont fait; l'enfant prendra leur nom, mais ce sera comme adopté; il recueillera leurs biens, mais ce sera encore comme adopté. Où est l'immoralité? Nous dirons avec le premier consul qu'il faut se féliciter de ce que la tache de l'illégitimité puisse, en un certain sens, être effacée par l'adoption. Cela n'a pas été dit pour les enfants adultérins et incestueux, nous l'avouons; mais dans tout le cours de la discussion sur les enfants naturels, on n'a cessé de dire que la rigueur de la loi pourrait être tempérée par l'adoption. Le code ne permet pas de les reconnaître pen-

(1) Arrêt de la cour de cassation du 13 juillet 1826 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 59).
(2) Dupin. Réquisitoire, dans Dalloz, au mot *Adoption*, n° 116, p. 302.

dant le mariage, au préjudice des enfants et du conjoint. Boulay et le ministre de la justice remarquèrent que l'adoption serait un moyen de suppléer la reconnaissance postérieure au mariage (1). Si l'on peut modérer la sévérité de la loi, quand il s'agit des enfants naturels, pourquoi ne le pourrait-on pas en faveur des enfants malheureux que le code a traités avec une véritable dureté (2)?

SECTION II. — De l'adoption rémunératoire.

210. Il y a lieu à l'adoption rémunératoire au profit de celui qui a sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots (art. 345). On a demandé si cette disposition est restrictive. Berlier répond à la question (3); il dit dans l'Exposé des motifs que l'adoption rémunératoire, à l'inverse de l'adoption ordinaire, se fait pour acquitter une dette envers celui qui a conservé la vie à l'adoptant. Ce fait suffit-il? Non, il faut, dit l'orateur du gouvernement, que l'adopté ait sauvé la vie à l'adoptant, « dans des circonstances propres à signaler un grand dévouement. » Quelles sont ces circonstances? Sont-ce seulement les deux cas prévus par l'article 345? Non, ces cas servent d'exemple pour marquer qu'en sauvant la vie à l'adoptant, l'adopté a risqué la sienne. Voilà le *grand dévouement* que la loi permet de récompenser par l'adoption. Cela peut arriver en dehors des circonstances qu'elle prévoit. Ainsi celui qui se précipite dans l'intérieur d'un édifice qui s'écroule, celui qui descend dans un puits ou dans une mine où périssent de malheureux asphyxiés, ne mérite-t-il pas autant de faveur que celui qui, sachant nager, retire des flots une personne qui va se noyer? C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Proudhon (4).

211. Il suffit, dans ce cas, dit l'article 345, que l'adoptant soit majeur et plus âgé que l'adopté. Il est donc dis-

(1) Séance du conseil d'Etat du 24 brumaire an x, n° 4 (Locré, t. III, p. 43).

(2) C'est l'opinion de Zachariæ (édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 9, note 19). Elle est à peu près isolée.

(3) Berlier, Exposé des motifs, n° 13 (Locré, t. III, p. 266).

(4) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 197.

pensé de la règle qui veut que l'adoptant soit âgé de plus de cinquante ans et qu'il ait quinze ans de plus que l'adopté. La loi veut cependant qu'il soit plus âgé que celui-ci. Gary dit, en rappelant une expression des lois romaines, que ce serait une monstruosité si le père était plus jeune que le fils. Mais n'est-ce pas une monstruosité tout aussi grande que le père n'ait qu'un jour de plus que son fils? A vrai dire, dans notre adoption, il n'y a ni fils ni père.

Il va sans dire que le service signalé que l'adoptant a reçu de l'adopté, le dispense des soins que lui-même aurait dû lui rendre pendant sa minorité. La loi a cependant conservé à son égard la condition de prendre le consentement de son conjoint; la paix de la famille l'exigeait. Elle maintient aussi la condition de n'avoir, à l'époque de l'adoption, ni enfants ni descendants légitimes : il serait contradictoire, dit Gary, qu'une chose qui n'est que l'imitation, le supplément de la nature, pût, dans aucun cas, figurer à côté de la nature elle-même (1). Voilà ce qu'on peut appeler de la scolastique législative. La nature est hors de cause, nous venons d'en faire la remarque. Et pourquoi des enfants légitimes n'auraient-ils pas reçu comme leur frère celui à qui ils doivent la vie de leur père? Cet affrérissement-là ne serait certes pas désavoué par la nature.

SECTION III. — Des formes de l'adoption entre-vifs.

§ Ier. *Principe général.*

212. L'article 353 porte : « La personne qui se proposera d'adopter, et celle qui voudra être adoptée, se présenteront devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, pour y passer acte de leurs consentements respectifs. » L'adoption est donc un contrat. Est-ce à dire qu'elle se parfait par le concours des consentements donnés devant le juge de paix? La question est controversée. Constatons d'abord que le code civil ne dit pas que l'adoption se forme

(1) Gary, Discours, n° 11 (Locré, t. III, p. 285).

par contrat; il dit seulement que les parties intéressées passent acte de leurs consentements respectifs, ce qui est tout différent. Le juge de paix constate que l'un des comparants consent à adopter et que l'autre consent à être adopté. Voilà tout ce que la loi dit. Puis elle veut que cet acte soit homologué par le tribunal de première instance et par la cour d'appel, en ces termes : *Il y a lieu à l'adoption*. Enfin, dans les trois mois qui suivent l'arrêt d'homologation, l'adoption doit être inscrite sur les registres de l'état civil; l'article 359 porte que l'adoption restera sans effet si elle n'a été inscrite dans ce délai.

Il résulte de là que l'adoption n'existe que du jour où l'acte homologué a été inscrit sur les registres de l'état civil, en ce sens que jusque-là les parties contractantes peuvent, de commun accord, se désister du consentement qu'elles ont donné devant le juge de paix. Sur ce point, il n'y a aucun doute, puisqu'il suffit qu'elles n'inscrivent pas l'acte d'adoption dans le délai fatal de trois mois pour qu'il reste sans effet. L'inscription est donc la condition essentielle pour que l'adoption produise ses effets, c'est-à-dire pour qu'elle existe. Nous disons que les parties peuvent, de commun accord, revenir sur le consentement qu'elles ont donné devant le juge de paix. On admet que le dissentiment de l'une d'elles n'empêcherait pas l'adoption, en ce sens que l'une d'elles ne peut par sa seule volonté y porter obstacle. Cela nous paraît douteux. On dit que la loi n'exige pas que les deux parties fassent homologuer l'acte, qu'elle n'exige pas que les deux parties le fassent inscrire. Il est vrai que, d'après l'article 354, l'homologation est poursuivie par la partie la plus diligente, et l'article 359 dit que l'inscription se fera à la réquisition de l'une ou de l'autre. Mais ne peut-on pas répondre que la loi suppose que les deux parties sont toujours d'accord? Conçoit-on même que le tribunal admette l'adoption si l'une des parties retire son consentement? Vainement dit-on qu'il y a concours de consentement, et par suite lien entre les parties; ce concours ne forme pas de contrat, c'est une simple expression de volonté, qui ne devient un contrat que si les parties persistent.

213. L'opinion contraire est généralement admise. Mais l'application des principes soulève des difficultés sérieuses. On demande d'abord à quelle époque doivent exister les conditions requises pour la validité de l'adoption, de la part de l'adoptant et de la part de l'adopté? La plupart des auteurs répondent que le contrat d'adoption se forme devant le juge de paix, que les tribunaux n'interviennent que pour homologuer, c'est-à-dire approuver un acte qui existe déjà, et qui par conséquent s'est formé sans leur intervention. De là ils concluent que toutes les conditions requises pour la validité de l'adoption doivent être accomplies lors de l'acte passé devant le juge de paix; mais aussi il suffit qu'elles le soient à ce moment. L'article 360 paraît confirmer cette doctrine. Il porte : « Si l'adoptant venait à mourir après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a été reçu par le juge de paix et porté devant les tribunaux, et avant que ceux-ci eussent définitivement prononcé, l'instruction sera continuée et l'adoption admise, s'il y a lieu. » Le consentement de l'adoptant est certes une condition essentielle de l'adoption ; s'il suffit que l'adoptant le manifeste devant le juge de paix, quand même il viendrait à mourir avant le jugement d'homologation, n'est-ce pas une preuve que la loi ne considère qu'une époque à laquelle les conditions de l'adoption doivent exister, celle où les consentements sont donnés devant le juge de paix (1)?

Il nous semble que l'article 360 témoigne contre l'opinion en faveur de laquelle on l'invoque. Il ne dit pas qu'il suffit que l'adoptant ait consenti devant le juge de paix, il exige que l'acte ait été porté devant les tribunaux, il suppose donc les tribunaux saisis; c'est seulement si l'adoptant meurt dans le cours de l'instance, avant que le juge ait définitivement prononcé, que l'instance se poursuit. Pourquoi l'adopté peut-il poursuivre l'instance? C'est l'application du principe qui veut que les lenteurs de la procédure ne nuisent pas au demandeur. Dès que le contrat judiciaire est formé, l'adopté a droit à l'adoption; il

(1) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Adoption*, nos 134 et 136. Demolombe, t. VI, p. 110, no 118.

faut donc qu'il puisse continuer l'instance. Mais si l'instance n'est pas engagée, l'adoption ne peut plus avoir lieu; l'article 353 le dit. Qu'en résulte-t-il? Que l'adoption ne se fait réellement que par l'intervention du pouvoir judiciaire; la solennité de l'homologation est donc considérée comme un élément essentiel de l'adoption, en ce sens du moins que si l'adoptant vient à décéder avant que le tribunal soit saisi, il ne peut plus y avoir d'adoption.

Cette opinion est consacrée par un arrêt de la cour de cassation. Il pose en principe que le consentement des parties, manifesté devant le juge de paix, ne crée pas l'adoption, que l'acte constatant les consentements réciproques n'en est que le préliminaire. Dans l'esprit de la loi, dit la cour, l'adoption a pour but et pour résultat de fonder une famille indépendante des liens du sang; le simple consentement des parties intéressées ne suffit pas pour cela, il faut l'intervention de l'autorité publique, en droit français comme en droit romain. C'est aller trop loin que d'assimiler l'adoption française et l'adoption romaine; il n'est pas exact de dire que l'adoption établie par le code civil crée une famille nouvelle. Mais cela n'empêche pas que le principe formulé par la cour de cassation soit en harmonie avec les textes. Nous venons de citer l'article 360. L'article 355 fournit une preuve plus concluante. Une des conditions de l'adoption est que l'adoptant jouisse d'une bonne réputation. Or, qui constate l'existence de cette condition et quand cela se fait-il? L'article 355 répond que c'est le tribunal qui vérifie si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation; ce qui prouve qu'à ce moment l'adoption n'existe pas encore. Ce même article dit que le tribunal vérifie si toutes les conditions de la loi sont remplies. Il suffit donc que les conditions soient remplies avant que le tribunal procède à cette vérification (1).

Cela est-il vrai de toutes les conditions? La cour suprême n'a eu à se prononcer que sur une condition qui ne concerne pas les parties contractantes. Il s'agissait de savoir si le conjoint de l'adoptant doit consentir au moment

(1) Arrêt de la cour de cassation du 1er mai 1861 (Dalloz, 1861, 1, 213).

où l'acte se passe, ou s'il suffit que le consentement soit donné avant que le juge soit appelé à vérifier les conditions de la loi. Cette question n'est guère douteuse. En effet, que dit l'article 353? Que les parties intéressées passent acte devant le juge de paix de leurs consentements respectifs. C'est donc seulement le consentement de l'adoptant et de l'adopté que le juge de paix doit recevoir. Il n'est pas chargé de constater si les autres conditions sont remplies. C'est le tribunal qui vérifie ce fait; il suffit donc, à la rigueur, que les conditions soient accomplies avant le jugement d'homologation (1). Il n'y a qu'une exception qui résulte des principes généraux. Les parties consentent devant le juge de paix, elles doivent donc être capables de consentir; si elles sont incapables, l'acte sera nul; encore la nullité ne sera-t-elle que relative, comme nous le dirons plus loin.

214. Reste une dernière difficulté. Quand l'adoption produit-elle ses effets? Dans l'opinion qui considère l'adoption comme résultant du contrat passé devant le juge de paix, on décide que les effets existent à partir de ce moment. L'adoption, dit-on, se fait par concours de consentement; mais le contrat est conditionnel, en ce sens qu'il faut encore l'homologation judiciaire et l'inscription sur les registres de l'état civil; ces conditions étant remplies, elles rétroagissent au jour du contrat reçu par le juge de paix (1). Cette doctrine nous paraît inadmissible. Il n'y a d'autres conditions que celles qui sont stipulées par les parties ou établies par la loi. Il ne peut être question de conditions conventionnelles; donc elles devraient se trouver dans la loi. Le code prescrit, il est vrai, une série de conditions, mais il ne s'agit pas ici de conditions proprement dites, c'est-à-dire d'événements futurs et incertains qui, une fois accomplis, rétroagissent; il s'agit d'éléments nécessaires pour l'existence ou la validité d'un acte juridique; c'est seulement quand toutes ces conditions ont été accomplies que l'acte juridique existe. Il n'existe donc qu'à partir de la dernière, et sans rétroactivité aucune.

(1) C'est l'opinion de Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 212.

Nous aboutissons à cette conclusion que l'adoption n'existe et ne produit d'effets que lorsqu'elle a été inscrite sur les registres de l'état civil. Cela n'est-il pas en contradiction avec l'opinion que la cour de cassation a consacrée et que nous venons d'enseigner? Le conseiller rapporteur a dit en termes formels que le juge proclame l'adoption, et la crée en quelque sorte par cette brève sentence : *Il y a adoption* (1). Il nous semble que c'est faire dire à la loi ce qu'elle ne dit réellement pas. Les tribunaux ne disent point : *Il y a adoption;* ils disent : *Il y a lieu à l'adoption*. La différence est grande. En effet, la formule légale implique que l'adoption doit seulement se faire, elle n'est donc pas encore faite. Si elle était faite, concevrait-on que les parties y pussent renoncer, en n'inscrivant pas l'acte sur les registres de l'état civil? Ce n'est donc que lors de cette inscription que l'adoption se consomme et qu'elle produit ses effets (2).

§ II. *Du contrat reçu par le juge de paix.*

215. La loi veut que l'adoptant et l'adopté passent acte de leurs consentements respectifs devant le juge de paix du domicile de l'adoptant (art. 353). Un autre officier public pourrait-il recevoir ce contrat? La négative est évidente. En effet, l'adoption est un acte solennel, dans le sens strict du mot, et un acte qui concerne l'état des personnes. Voilà pourquoi la loi fait intervenir un magistrat au lieu d'un notaire. Si donc un notaire dressait l'acte d'adoption, cet acte serait plus que nul, il serait inexistant.

Que faut-il décider si l'acte d'adoption était reçu à l'étranger? Les agents diplomatiques seraient-ils compétents? Il a été jugé que l'acte d'adoption reçu par un agent diplo-

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1861, 1, p. 216.

(2) C'est l'opinion de Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 162, nº 95 *bis* II. Elle est isolée; l'opinion contraire est généralement suivie (Merlin, *Questions de droit*, au mot *Adoption*, § VIII, nº II; Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, § 559, p. 17, et note 6).

matique ne suffisait pas (1). Dans l'espèce, l'adoptant, quoique résidant à l'étranger, avait conservé son domicile en Belgique. Quand même il serait domicilié à l'étranger, les agents diplomatiques seraient encore incompétents. Le code civil leur donne seulement compétence pour recevoir les actes de l'état civil des Français ; ils remplacent donc l'officier de l'état civil ; or, l'officier de l'état civil n'aurait pas qualité pour constater les consentements des parties en matière d'adoption ; donc les agents diplomatiques sont également incompétents.

216. L'article 353 dit que les parties *se présenteront devant le juge de paix* pour y passer acte de leurs consentements respectifs. Faut-il conclure de là que leur présence est nécessaire, et qu'elles ne peuvent pas se faire représenter par un fondé de procuration? La question est controversée et il y a quelque doute. On peut dire que l'adoption est un acte solennel, que par suite les solennités doivent être remplies strictement ; or, la loi exige la présence, ce qui semble décider la question. Nous préférons l'opinion contraire. En principe, l'on peut se faire représenter par un mandataire dans tout acte juridique, à moins que la loi ne le défende. Il en est même ainsi dans les actes de l'état civil (art. 36). La loi ne prohibe pas les procurations et, à vrai dire, il n'y avait pas de raison de le faire. Si l'adoption se faisait devant le juge de paix, on concevrait que la loi exigeât la présence comme condition de validité ; mais le magistrat reçoit seulement les consentements des parties ; l'adoption se fait par l'autorité judiciaire et se consomme par l'inscription sur les registres de l'état civil. Or, dans toute cette procédure, la loi se contente de la réquisition de l'une des parties, et un mandataire pourrait requérir aussi bien que l'adoptant ou l'adopté. Il y a un arrêt de Bruxelles en ce sens (2). Il va sans dire que la procuration doit être spéciale et authentique. L'article 36 l'exige pour les actes de l'état civil, et cela est de droit commun pour tous les actes solennels.

(1) Bruxelles, 27 janvier 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 258).
(2) Voyez la doctrine et la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Adoption*, nº 136.

§ III. *De l'homologation des tribunaux.*

217. Aux termes de l'article 354, une expédition de l'acte reçu par le juge de paix est remise, dans les dix jours suivants, par la partie la plus diligente, au procureur impérial du tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouve le domicile de l'adoptant, pour être soumise à l'homologation de ce tribunal.

Le tribunal, réuni en la chambre du conseil, et après s'être procuré les renseignements convenables, vérifie si toutes les conditions de la loi sont remplies, et si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation (art. 355). Après avoir entendu le procureur impérial, et sans aucune autre forme de procédure, le tribunal prononce, sans énoncer des motifs, en ces termes : *Il y a lieu à l'adoption*, ou *il n'y a pas lieu à l'adoption* (art. 356).

La loi veut que le tribunal du domicile de l'adoptant prononce s'il y a lieu ou non à l'adoption. C'est ce tribunal qui peut le mieux se procurer les renseignements nécessaires pour vérifier si les conditions de la loi sont remplies; c'est aussi ce tribunal qui pourra constater, en connaissance de cause, si celui qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation. Par domicile, la loi entend le domicile de droit; peut-être aurait-elle mieux fait de s'attacher à la résidence, comme elle l'a fait pour le mariage; en effet, si la résidence diffère du domicile, l'adoptant peut ne pas être connu là où il est domicilié, tandis qu'il l'est nécessairement là où il réside.

Le code veut qu'il n'y ait aucune forme de procédure, sinon les conclusions du ministère public. Il n'y a pas d'enquête, c'est par voie officieuse que le tribunal se procure les renseignements dont il a besoin; il ne motive pas sa décision. Le législateur évite la publicité qui d'ordinaire préside à la distribution de la justice, pour que le rejet de l'adoption, s'il était prononcé, ne nuise pas à la réputation de celui qui se proposait d'adopter. D'ailleurs l'homologation n'est pas un acte de juridiction contentieuse; il n'y a

pas de litige soumis au tribunal; il n'y a ni demandeur, ni défendeur. Il est vrai que la loi donne le nom de jugement à la décision du tribunal (art. 357). A vrai dire, il n'y a pas de jugement, parce qu'il n'y a pas de contestation; c'est un acte de juridiction gracieuse ou volontaire.

Cela répond à une objection que l'on a basée sur l'article 97 de la Constitution belge, lequel prescrit que tout jugement soit motivé et prononcé en audience publique. Cette disposition déroge-t-elle aux articles 355 et 356 du code civil? La cour de Bruxelles a décidé, et avec raison, que l'article 97 ne concernait que les jugements proprement dits, c'est-à-dire les actes de juridiction contentieuse; il est donc étranger aux actes d'homologation (1).

L'article 356 interdit toute forme de procédure. Est-ce à dire que le tribunal ne peut pas nommer un rapporteur, ni mentionner dans sa décision que le jugement a été rendu sur rapport? La cour de cassation a décidé que cette mesure d'instruction n'était pas une procédure; en effet, le tribunal, en commettant un rapporteur, ne fait rien que charger l'un de ses membres d'examiner plus particulièrement les pièces du procès, et de soumettre ensuite le résultat de son travail à l'examen et à l'appréciation de ses collègues. Le rapport laisse au tribunal toute sa liberté d'action; il ne tend donc qu'à favoriser une bonne administration de la justice (2). Ce que le code Napoléon a voulu éviter, ce sont les procédures qui donneraient de la publicité aux motifs pour lesquels l'adoption serait rejetée. Si le rapport se fait en chambre du conseil, ce but est atteint.

218. Dans le mois qui suit la décision du tribunal de première instance, le jugement sera, sur les poursuites de la partie la plus diligente, soumis à la cour d'appel. La cour instruit dans les mêmes formes, c'est-à-dire sans procédure, et prononce, sans énoncer de motifs, en ces termes : *Le jugement est confirmé*, ou *le jugement est réformé; en conséquence il y a lieu*, ou *il n'y a pas lieu à l'adoption* (art. 357). Si l'arrêt admet l'adoption, il doit être prononcé

(1) Bruxelles, 12 février 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 353).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 21 mars 1859 (Dalloz, 1859, 1, 370)

à l'audience et affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que la cour jugera convenables (art. 358). La loi veut que tout se fasse à huis clos, en la chambre du conseil, aussi longtemps qu'il y a doute sur l'admission de l'adoption; dès qu'elle est admise, il n'y a plus de raison pour qu'elle reste secrète; il importe, au contraire, de la rendre publique, puisqu'elle concerne, en un certain sens, l'état des personnes.

Que faut-il décider si la cour juge qu'il n'y a pas lieu à l'adoption? Cet arrêt doit-il être prononcé en la chambre du conseil ou en audience publique? La question a été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation. Elle n'est pas douteuse. L'article 357 porte que la cour instruira dans les mêmes formes que le tribunal de première instance. Quelles sont ces formes? Elles sont établies par les articles 355 et 356, d'après lesquels le tribunal, réuni en chambre du conseil, vérifie si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoptant jouit d'une bonne réputation, puis il prononce après avoir entendu le ministère public. Tout se passe donc à huis clos en première instance, et par conséquent tout doit aussi se faire à huis clos en appel. Il est vrai que l'article 357 ne dit pas en termes explicites que l'arrêt doit être rendu en chambre du conseil quand il rejette l'adoption; mais l'article 358 le dit implicitement, en ordonnant de prononcer à l'audience l'arrêt d'admission. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. Le législateur prescrit le huis clos de toute la procédure afin de ménager l'honneur des familles, au cas où l'adoption ne serait pas admise. Ce motif existe pour l'arrêt de la cour aussi bien que pour le jugement de première instance. Si l'arrêt qui décide qu'il n'y a pas lieu à l'adoption était public, il ferait supposer que l'adoption a été refusée parce que celui qui se proposait d'adopter ne jouit pas d'une bonne réputation, ce qui affecterait l'honneur de l'adoptant et même la considération de l'adopté, et cela sans motif aucun, sans utilité aucune, car l'adoption étant refusée, rien ne se fait; or, il est inutile d'annoncer au public que rien ne se fait (1).

(1) Arrêts de cassation du 22 mars 1848 (Dalloz, 1848, 1, 66) et du 28 février 1866 (Dalloz, 1866, 1, 111).

219. Le code prescrit des délais dans lesquels les parties intéressées doivent saisir le tribunal et la cour. D'après l'article 354, la partie la plus diligente remet une expédition de l'acte d'adoption au procureur impérial dans les dix jours qui suivent l'acte reçu par le juge de paix; et l'article 357 veut que le jugement de première instance soit soumis à la cour d'appel dans le mois. On demande si ces délais doivent être observés sous peine de déchéance? Le tribunal et la cour doivent-ils déclarer qu'il n'y a pas lieu à l'adoption si les délais n'ont pas été observés? Les cours de Belgique ont décidé à plusieurs reprises que ces délais n'étaient pas prescrits à peine de déchéance. D'abord la loi n'établit pas de déchéance pour les délais établis par les articles 354 et 357; tandis qu'elle prononce la déchéance pour inobservation du délai dans lequel l'adoption doit être inscrite sur les registres de l'état civil (art. 359); ce qui marque déjà suffisamment l'intention du législateur. Il n'y avait du reste aucune raison de prononcer la déchéance; l'intérêt public n'est pas en cause; quant aux parties, c'est à elles à veiller à leurs intérêts. Tout ce qui résulte de l'inobservation des délais, c'est que la volonté des parties de poursuivre l'adoption peut devenir douteuse, surtout si leur silence se prolonge; mais si le tribunal et la cour ont la preuve que les parties persistent, il n'y a aucune raison de rejeter l'adoption (1).

220. Si l'adoption est rejetée, la demande peut-elle être reproduite devant les mêmes tribunaux? Au premier abord, on croirait que cette nouvelle demande doit être repoussée par l'exception de chose jugée. A vrai dire, les décisions rendues par le tribunal de première instance et par la cour ne sont pas des jugements, nous en avons déjà fait la remarque. Dès lors elles ne peuvent pas avoir l'autorité que la loi attache aux jugements. Cela est aussi fondé en raison. Pourquoi la loi considère-t-elle la chose jugée comme l'expression de la vérité? Parce qu'il y a un droit réclamé et contesté, parce qu'il y a eu un débat contradictoire où

(1) Arrêts de Liége du 28 novembre 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 36) et du 6 février 1854, rendu sur les conclusions de l'avocat général Brixhe (*Pasicrisie*, 1856, 2, 61).

chacune des parties a pu défendre ses intérêts, et parce que les procès doivent avoir une fin, quand toutes les juridictions ont prononcé. Or, en cas d'adoption, il n'y a ni droit, ni obligation, ni demandeur, ni défendeur, aucun débat, aucune procédure, pas même de motifs; il n'y a donc aucune raison pour que la décision ait force de chose jugée. Dès lors rien ne s'oppose à ce que le tribunal admette l'adoption, après avoir déclaré, dans une première instance, qu'il n'y avait pas lieu à l'adoption. C'est l'opinion commune (1).

221. On demande s'il n'y a pas un autre moyen de réformer l'arrêt qui a rejeté l'adoption? Ne peut-il pas être attaqué par le recours en cassation? Ce que nous venons de dire suffirait déjà pour décider la question négativement. Le recours en cassation est ouvert contre des jugements et arrêts, il ne l'est pas contre des actes de juridiction volontaire. Il y a encore d'autres raisons qui s'opposent au recours en cassation. La loi défend de motiver les décisions judiciaires qui déclarent qu'il n'y a pas lieu à adoption. Comment donc la cour de cassation saurait-elle si les motifs qui ont déterminé le juge sont contraires à la loi? Le cas s'est présenté : il était plus que probable que la cour qui avait rejeté l'adoption, l'avait fait parce que, dans son opinion, les enfants naturels ne pouvaient être adoptés; mais enfin elle ne l'avait pas dit. Dès lors, on ne pouvait savoir si la cour avait refusé l'adoption pour ce motif où pour un autre; partant la cassation devenait impossible (2).

Il ne faut pas conclure de là que les décisions qui admettent l'adoption ne peuvent pas être attaquées. Elles impliquent que toutes les conditions requises par la loi sont remplies. Si la loi a été violée, l'adoption est nulle et donne

(1) On cite comme ayant jugé en ce sens un arrêt de Dijon du 6 février 1833 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 152). Il a plutôt décidé le contraire. En effet, la cour dit qu'il n'y a pas chose jugée parce que le jugement qui repoussait l'adoption n'avait pas été soumis à la cour d'appel. D'où l'on peut induire que, si la cour d'appel avait aussi repoussé l'adoption, il y aurait eu chose jugée. L'erreur nous paraît évidente. Sur le caractère des décisions judiciaires en matière d'adoption, voyez Merlin, *Questions de droit*, au mot *Adoption*, § XI, n° 1 (t. Ier, p. 173).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 14 novembre 1815 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 154).

lieu à une action en nullité. L'adoption est attaquée, en ce cas, par voie d'action principale, comme nous le dirons plus loin; et cette action est soumise aux principes généraux de procédure.

§ IV. *De l'inscription de l'adoption.*

222. L'adoption n'existe pas encore quand la cour a prononcé qu'il y a lieu à l'adoption. Aux termes de l'article 359, l'arrêt doit être inscrit, dans les trois mois, sur le registre de l'état civil du lieu où l'adoptant est domicilié. Cette formalité est essentielle, car la loi ajoute que l'adoption restera sans effet si elle n'a été inscrite dans ce délai. Cela prouve que, dans la pensée du législateur, l'adoption crée une filiation fictive : image de la filiation naturelle, dit Proudhon, cette naissance civile doit être consignée sur le registre de l'état civil (1). Ce changement d'état est plutôt fictif que réel. Toujours est-il que la loi semble y voir une filiation nouvelle. C'est la raison que l'orateur du Tribunat donne pour justifier la déchéance établie par l'article 359. Ce qui tient à l'état des hommes, dit Gary, ne doit pas rester longtemps incertain, ni être sujet aux variations ou aux caprices des individus (2).

L'article 359 exige que l'*adoption* soit inscrite à la réquisition de l'une des parties. Que faut-il entendre par *adoption?* Est-ce l'acte reçu par le juge de paix ou est-ce l'arrêt de la cour qui admet l'adoption? D'après le texte, il faut répondre que c'est l'*acte* passé devant le juge de paix; car l'article ajoute que l'inscription de l'adoption n'aura lieu que sur le vu d'une expédition, en forme, du jugement de la cour d'appel; donc l'arrêt de la cour n'est produit que pour justifier l'inscription de l'adoption; partant ce n'est pas l'arrêt qui est inscrit. Aussi le rapporteur du Tribunat dit-il que c'est l'*acte* qui doit être inscrit sur le registre (3).

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 206.
(2) Gary, Discours, n° 24 (Locré, t. III, p. 288).
(3) Perreau, Rapport fait au Tribunat, n° 11 (Locré, t. III, p. 258).

Autre est la question de savoir si la transcription de l'arrêt suffit, ou s'il faut, sous peine de nullité, que l'acte soit inscrit et qu'il le soit sur le vu d'une expédition, en forme, de l'arrêt. Il a été jugé à plusieurs reprises que l'inscription de l'arrêt qui prononce qu'il y a lieu à l'adoption, équivaut à l'inscription de l'acte reçu par le juge de paix. La raison en est simple. Pourquoi la loi veut-elle que l'adoption soit inscrite sur les registres de l'état civil? Pour que la filiation fictive résultant de l'adoption soit rendue publique. Eh bien, ce vœu est rempli par la transcription de l'arrêt d'homologation; car cet arrêt vise le consentement donné par les parties intéressées devant le juge de paix. Le texte, d'ailleurs, n'exige pas la transcription de l'acte, il prescrit seulement l'inscription; il est donc satisfait au texte comme à l'esprit de la loi quand l'arrêt qui admet l'adoption et qui constate l'accomplissement de toutes les conditions, est inscrit sur les registres de l'état civil (1).

Où l'inscription doit-elle se faire? Sur le registre de l'état civil du lieu où l'adoptant est domicilié (art. 359). Il a été jugé que cette formalité doit être remplie sous peine de nullité, en ce sens que l'inscription faite au domicile de l'adopté ne satisfait pas à la prescription de la loi. Tout est de rigueur dans les actes solennels. Dès que l'on s'écarte du texte, on tombe dans l'arbitraire, c'est-à-dire qu'on viole la loi. Il n'y aurait pas plus de raison, en effet, pour autoriser les parties à inscrire l'adoption au domicile de l'adopté qu'en tout autre lieu, de sorte qu'elles pourraient remplir cette formalité où bon leur semblerait, ce qui certes serait contraire au texte comme à l'esprit de la loi (2).

223. Nous avons déjà dit que l'adoption peut se consommer, même après la mort de l'adoptant, pourvu que l'acte ait été reçu par le juge de paix et qu'il ait été porté devant les tribunaux. L'article 460 ajoute que, dans ce cas,

(1) Arrêts de la cour de cassation du 23 novembre 1847 (Dalloz, 1847, 1, 368), du 1er avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 463) et de Grenoble du 7 mars 1849 (Dalloz, 1851, 2, 240).
(2) Montpellier, 19 avril 1842 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 163).

les héritiers de l'adoptant pourront, s'ils croient l'adoption inadmissible, remettre au procureur impérial tous mémoires et observations à ce sujet. Si l'adoptant reste à vivre pendant la durée de l'instance, personne n'a le droit d'y intervenir pour contester la validité de l'adoption. A vrai dire, il n'y a pas d'instance, pas de procès, donc il n'y a pas lieu à contestation. Mais quand l'adoptant meurt avant que les tribunaux aient définitivement prononcé, on peut craindre que l'adoption ne soit le résultat de l'obsession, de l'empire exercé sur un vieillard affaibli par la maladie qui l'a conduit au tombeau. Les héritiers ont dès lors un intérêt né et actuel à contester l'adoption; car ils sont saisis du patrimoine du défunt que l'adoption va leur enlever. Il était donc juste de les entendre. Cependant la loi ne les autorise pas à intervenir dans l'instance, puisqu'il n'y a pas d'instance véritable, pas de débat contradictoire; la loi sauvegarde suffisamment leur intérêt en leur permettant de remettre des mémoires au ministère public (1). Ce qui ne les empêchera pas de demander la nullité de l'adoption, si elle est admise malgré leurs réclamations. On ne peut pas leur opposer le jugement qui a admis l'adoption, puisqu'ils ne sont pas parties en cause : il n'y a pas de cause.

SECTION IV. — Conséquences de l'inobservation des conditions prescrites pour l'adoption.

§ Ier. *Des cas où l'adoption est inexistante.*

224. La distinction des actes en inexistants et nuls s'applique à l'adoption, puisqu'elle résulte des principes qui régissent tous les faits juridiques (2). Comme la loi ne consacre pas cette doctrine d'une manière formelle, il faut recourir aux principes généraux pour décider quelles sont les conditions dont le non-accomplissement entraîne l'inexistence de l'adoption.

Il y a une condition qui ne souffre aucun doute, c'est le

(1) Gary, Discours, n° 25 (Locré, t. III, p. 288).
(2) Voyez, sur cette distinction, plus haut, n° 58, p. 96, note 1.

consentement. L'acte par lequel les parties déclarent leur consentement est la base de l'adoption (art. 353); c'est cet acte qui est soumis à l'homologation des tribunaux (articles 354, 357); c'est cet acte qui doit être inscrit sur le registre de l'état civil (art. 359). Donc l'adoption repose sur un contrat: c'est dire que sans consentement l'adoption ne se conçoit pas. Si donc il n'y a pas eu de consentement donné devant le juge de paix, ou si l'une des parties n'était pas en état de consentir, il n'y aurait pas d'adoption. Il faut appliquer ici, par analogie, ce que nous avons dit du mariage.

L'adoption consentie par l'interdit serait-elle non existante? Si l'on admet avec la cour de cassation que l'interdit peut se marier dans un intervalle lucide (1), il faut admettre également qu'il peut adopter. C'est dire que l'interdit reste dans le droit commun et que, par conséquent, l'adoption sera non existante, si au moment où il a déclaré son consentement devant le juge de paix, il était en état de démence, d'imbécillité ou de fureur.

On a demandé si l'article 504 est applicable à l'adoption. Cet article porte : « Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence, qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué. » Il est de jurisprudence que cette disposition ne s'applique pas aux testaments ni aux donations entre-vifs. Mais de là ne résulte pas que l'article 504 ne peut être appliqué à l'adoption, car l'adoption n'est pas un contrat purement gratuit, puisqu'elle crée des droits et des obligations réciproques entre l'adoptant et l'adopté. D'après cela il faut décider que l'article 504 reçoit son application au contrat d'adoption. La cour de cassation l'a jugé ainsi (2). Cela est aussi fondé en raison. Après la mort de l'adoptant, il est impossible de prouver qu'il n'était pas sain d'esprit au moment de l'adoption; or, c'est à cause de cette impossibilité

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 365, n° 288.
(2) Arrêt du 1er mai 1861 (Dalloz, 1861, 1, 213).

que le code déclare les héritiers non recevables à agir.

225. L'adoption est un acte solennel. Il est de principe que les formalités prescrites dans les contrats solennels sont une condition de l'existence de ces contrats. En faut-il conclure que toutes les formes établies par le code civil doivent être remplies pour que l'adoption existe? Non. Le principe que nous venons de rappeler n'a pas cette signification ni cette portée. Si les formes sont essentielles, c'est parce qu'elles tiennent à la manifestation du consentement. Ainsi le consentement de l'adoptant et celui de l'adopté seraient censés ne pas exister, s'ils étaient donnés devant un officier public autre que le juge de paix, et par suite il n'y aurait pas d'adoption. Il faut en dire autant de l'homologation des tribunaux. Quand la loi exige l'intervention du pouvoir judiciaire pour approuver un acte, la décision du juge est aussi un élément essentiel du consentement : le contrat non homologué n'est pas un contrat. Cela est surtout vrai en matière d'adoption, puisque, à tort ou à raison, l'homologation des tribunaux est requise à cause du changement d'état que l'adoption entraîne; les magistrats représentent l'autorité souveraine qui peut seule créer une paternité fictive. Le texte confirme ces principes. D'après l'article 359, l'adoption *reste sans effet* quand elle n'a pas été inscrite dans le délai de trois mois; ce qui veut bien dire que dans ce cas elle sera non existante; or, l'inscription ne peut se faire, dit la loi, que sur le vu d'une expédition, en forme, de l'arrêt de la cour qui prononce qu'il y a lieu à l'adoption. Donc sans l'intervention des tribunaux, il n'y a pas d'adoption. Telles sont les seules formes qui tiennent au consentement, les seules par conséquent qui soient requises pour l'existence de l'adoption (1).

226. Quand l'adoption est inexistante, on applique les principes généraux sur l'inexistence des actes. Le code dit lui-même que l'adoption reste, en ce cas, sans effet (article 359). Toute partie intéressée peut toujours se prévaloir de l'inexistence de l'adoption. Il ne peut être question de la confirmer. Si les parties persistent à vouloir l'adoption,

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 12, § 558.

elles doivent remplir les conditions que la loi prescrit. Le code le dit pour la donation (art. 1339), et le même principe s'applique à tous les contrats inexistants.

§ II. *Quand l'adoption est nulle.*

227. On a soutenu que l'adoption, en supposant que les conditions requises pour son existence soient remplies, ne pouvait pas être attaquée. M. Dupin a le premier soulevé la question devant la cour de cassation; après lui, M. Duvergier a développé les motifs de douter. Les voici en substance : L'adoption est un acte solennel qui diffère des autres contrats que nous appelons solennels. Dans la donation, dans le contrat de mariage, dans l'hypothèque, c'est la volonté des parties qui forme le contrat; ce qui les rend solennels, c'est que le consentement doit être exprimé dans les formes prescrites par la loi. Il n'en est pas de même de l'adoption; l'adoptant et l'adopté doivent, il est vrai, consentir devant le juge de paix, mais l'adoption n'est pas parfaite par ce consentement. Il faut l'intervention du pouvoir judiciaire : c'est plus qu'une homologation, c'est un acte de souveraineté. Or, conçoit-on qu'un acte de la puissance souveraine soit annulé? De quel chef le serait-il? Pour inobservation des conditions? Mais l'autorité souveraine a prononcé sur ce point; le tribunal de première instance et après lui la cour vérifient si toutes les conditions de la loi sont remplies; puis ils déclarent qu'il y a lieu à l'adoption, c'est-à-dire que la loi est observée. Donc il ne peut plus y avoir d'action en nullité fondée sur l'inobservation de la loi. Aussi le code ne dit-il pas un mot de cette action, ni des causes de nullité, ni de ceux qui peuvent la faire valoir. Ce silence est décisif (1).

Ces doutes ne peuvent l'emporter sur les principes généraux de droit. Or, il est de principe que lorsque les conditions requises pour la validité d'un acte juridique n'ont

(1) Dupin, dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Adoption*, n° 222. Duvergier, *Revue du droit français et étranger*, 1846, p. 26.

pas été remplies, cet acte peut être attaqué. Le code déroge-t-il à cette règle en matière d'adoption? Non. Il n'est pas exact de dire que le pouvoir souverain intervient. C'est le pouvoir législatif qui est l'organe de la souveraineté nationale; on avait proposé l'intervention de ce pouvoir, mais cette proposition fut rejetée. Les tribunaux n'interviennent, la loi le dit, que pour vérifier si les conditions sont remplies et si l'adoptant jouit d'une bonne réputation. C'est un acte de juridiction volontaire, et ces actes sont toujours sujets à annulation. La vérification à laquelle les juges procèdent n'est pas un obstacle; leur décision n'est pas un jugement, elle ne forme pas chose jugée, et ne peut par conséquent pas être opposée à ceux qui demandent la nullité (1).

N° I. DES CAUSES DE NULLITÉ.

228. L'article 353 exige le consentement de la personne qui se propose d'adopter et de celle qui veut être adoptée. Ce consentement doit réunir les conditions générales requises pour toute manifestation de volonté; il est donc vicié par l'erreur, la violence et le dol, et s'il est vicié, le consententement est nul, et la nullité du consentement entraîne la nullité du contrat (art. 1109-1117). Il est vrai que l'adoption n'est pas un contrat, elle repose néanmoins sur un concours de consentements ; il y a donc lieu d'appliquer les principes généraux sur l'erreur, la violence et le dol.

229. La loi prescrit des conditions pour que l'adoption puisse avoir lieu. Quand l'une de ces conditions fait défaut, l'adoption est-elle nulle? Nous croyons, avec la plupart des auteurs, qu'il faut répondre affirmativement. A la vérité, le code ne prononce pas formellement la nullité, mais le législateur a manifesté sa volonté en chargeant les tribunaux de vérifier *si toutes les conditions de la loi sont remplies* (art. 355). Dans quel but le juge procède-t-il à cette vérification? L'article 356 nous le dit : Après avoir entendu

(1) Arrêt de la cour de cassation du 13 mai 1868 (Dalloz, 1868, 1, 251). Demolombe, t. VI, p. 166, n° 186.

le ministère public, lequel examine aussi si les conditions prescrites par la loi sont remplies, le tribunal prononce en ces termes : *Il y a lieu,* ou *il n'y a pas lieu à l'adoption* (art. 356). Quand décidera-t-il qu'il n'y a pas lieu à l'adoption? Naturellement si *toutes les conditions de la loi ne sont pas remplies*. Donc, dans l'esprit de la loi, et même d'après le texte, ces conditions sont prescrites sous peine de nullité. Il n'y a pas à distinguer entre les diverses conditions, comme le fait M. Demolombe : cette distinction est tout à fait arbitraire et elle est en opposition avec les textes que nous venons de citer. La loi veut que *toutes* les conditions soient remplies pour qu'*il y ait lieu à l'adoption*. Donc *toutes* sont prescrites pour sa validité. Cette rigueur se conçoit dans un acte solennel qui crée une paternité fictive : les fictions ne sont valables que si elles réunissent les conditions voulues par le législateur; s'il y a des conditions plus ou moins essentielles, c'est la loi qui doit faire la distinction, l'interprète ne le peut pas (1).

Il n'y a qu'une exception à cette règle, et elle résulte du texte même de la loi. Le code exige que l'adoptant jouisse d'une bonne réputation; mais il n'en fait pas une condition proprement dite. En effet, c'est après avoir dit que le tribunal doit vérifier si *toutes les conditions* de la loi sont remplies, que la loi ajoute que le juge vérifiera aussi si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation. Si le tribunal prononce qu'il y a lieu à l'adoption, il est par cela même constaté que l'adoptant jouit d'une bonne réputation. On ne pourrait donc pas demander la nullité d'une adoption en prétendant que l'adoptant ne jouit pas d'une bonne réputation. Le tribunal seul a mission de vérifier ce fait, son pouvoir est discrétionnaire; dès lors il n'y a pas lieu de revenir sur ce qu'il a décidé (2).

Faut-il aussi faire exception pour le consentement et le conseil des père et mère? Demante répond que oui, et par une singulière raison : il ne sait s'il doit faire de l'absence de consentement une nullité absolue ou relative; dans le

(1) Duranton, t. III, p. 322, n° 329; Zachariæ, t. IV, p. 13. En sens contraire, Demolombe, t. VI, p. 172, n° 194.
(2) Demolombe, t. VI, p. 174, n° 198. Demante, t. II, p. 150, n° 80 *bis* V.

doute et dans le silence de la loi, il décide qu'il n'y a pas nullité. Nous disons que le motif est singulier : la matière des nullités est certes une des plus difficiles du code Napoléon, précisément parce qu'il garde le silence sur les causes de nullité et sur ceux qui peuvent les invoquer. Est-ce à dire que dans tous les cas où il y aurait difficulté sur ces points, il faille décider qu'il n'y a pas nullité? Il est certain que si l'adopté n'avait pas le consentement de ses père et mère, le tribunal prononcerait qu'il n'y a pas lieu à l'adoption, en vertu de l'article 355. Cela nous paraît décisif, et nous en disons autant s'il n'avait pas demandé le conseil. Peu importe que le mariage ne puisse être annulé pour défaut de conseil; il n'y a aucune analogie entre l'adoption et le mariage (1).

230. La jurisprudence offre peu de monuments sur notre question. Et la raison en est simple; les tribunaux vérifient si toutes les conditions sont remplies avant de prononcer qu'il y a lieu à l'adoption; cette vérification faite, il arrivera rarement qu'il y ait lieu à nullité. L'une des conditions requises pour l'adoption est que l'adoptant ait donné des soins non interrompus à l'adopté mineur pendant six ans. Dans une espèce jugée par la cour de Grenoble, le frère de l'adoptant demanda la nullité de ce chef; il fut déclaré non recevable comme étant sans intérêt. Les termes de l'arrêt impliquent que l'inaccomplissement de cette condition eût été une cause de nullité (2). Cela n'est pas douteux.

L'article 344 exige le consentement du conjoint de l'adoptant. Cette condition est certes nécessaire pour la validité de l'adoption. Mais on a prétendu que le conjoint devait consentir, sous peine de nullité, au moment où l'acte d'adoption est passé devant le juge de paix. Nous avons déjà dit que cela est contraire au texte et à l'esprit de la loi (n° 213). On a soutenu également que le conjoint devait donner son consentement dans la forme authentique. La cour de cassation a décidé que le code ne disant rien ni sur la forme, ni sur le moment où le conjoint doit con-

(1) Voyez, en sens contraire, Demolombe, t. VI, p. 173, n° 196.
(2) Grenoble, 22 mars 1843 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 227).

sentir, on ne pouvait pas faire de la forme ni du moment une cause de nullité. En effet, si tout est de rigueur, on ne peut pas non plus dépasser la rigueur de la loi. La cour ajoute avec raison que le consentement, étant constaté par le jugement et par l'arrêt, acquiert par là l'authenticité. Dans l'espèce, l'homologation avait été poursuivie au nom de l'adoptant et de son conjoint dans un acte d'avoué; la cour a jugé que l'avoué était censé avoir reçu mandat à cet effet, puisqu'il représente la partie jusqu'à désaveu, aussi bien dans les instances où son ministère est forcé que dans celles où il est facultatif. Il y avait donc consentement authentique donné avant le jugement, ce qui satisfaisait aux prescriptions de la loi (1).

231. Il y a encore nullité pour vices de formes. La loi indique le tribunal qui doit homologuer l'acte d'adoption, elle prescrit les formes dans lesquelles on doit procéder; enfin elle détermine le lieu où l'inscription doit se faire. Ces formalités doivent être observées sous peine de nullité. En effet, l'adoption est une fiction; or, toute fiction ne peut se réaliser que dans les formes établies par la loi. Ce principe, posé par la cour de Montpellier, ne fait aucun doute (2). On pourrait même demander si les formes ne doivent pas être observées pour l'existence de l'adoption. Nous avons répondu d'avance à ce motif de douter (n° 225). Ce qu'il y a de substantiel, c'est que l'officier public compétent reçoive le consentement; dès que le juge de paix intervient, cette condition est remplie. Mais si ce n'est pas le juge de paix du domicile de l'adoptant, il y a un vice de forme et partant nullité. Il en est de même de la compétence des tribunaux et de l'officier de l'état civil. Il a été jugé avec raison par la cour de Montpellier que l'adoption est nulle si elle est inscrite sur le registre de l'état civil du domicile de l'adopté. Cela est rigoureux, mais en matière d'actes solennels, tout est de rigueur.

En faut-il conclure qu'il y a nullité si les parties n'ont

(1) Arrêt de la cour de cassation du 1er mai 1861 (Dalloz, 1861, 1, 217, et les observations du conseiller rapporteur, p. 216).

(2) Montpellier, 19 avril 1842 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 163). Zachariæ, t. IV, p. 13.

pas remis l'acte d'adoption au ministère public dans les dix jours prescrits par l'article 354, et si, dans le mois qui suit la décision du tribunal de première instance, le jugement n'a pas été soumis à la cour d'appel (art. 357)? La question est controversée. Nous avons dit que l'inobservation de ces délais n'entraîne pas déchéance (n° 219). Il y a de cela une raison péremptoire. Le Tribunat proposa d'ajouter la sanction de la déchéance et de la nullité. Il dit que la loi ne devait pas se borner à conseiller; qu'il y avait d'ailleurs un motif pour justifier cette rigueur, c'est que l'état des hommes ne doit pas rester trop longtemps incertain (1). Cette proposition ne fut pas admise. Cela est décisif. L'intervention des tribunaux est une garantie suffisante pour couvrir ces irrégularités (2).

N° 2. QUI PEUT DEMANDER LA NULLITÉ?

232. Le code civil ne s'explique pas plus sur ce point que sur les causes de nullité. Il faut donc appliquer les principes généraux que l'on suit dans le silence de la loi. Quand une nullité est d'ordre public, toute partie intéressée peut l'invoquer. Lorsque, au contraire, la nullité est établie dans l'intérêt de certaines personnes, celles-là seules peuvent s'en prévaloir (3). L'application du principe n'est pas sans difficulté. Il ne suffit pas que le fait juridique soit d'ordre public pour que toutes les causes de nullité soient également d'ordre public. Ainsi le mariage, quoiqu'il soit d'ordre public, donne lieu à des nullités relatives, parce qu'elles intéressent particulièrement certaines personnes. Ce sont donc les causes de nullité qu'il faut examiner.

233. Il y a une cause de nullité qui est essentiellement relative. Ce sont les vices de consentement. Il en est ainsi en matière de mariage, et l'on peut appliquer par analogie

(1) Observations du Tribunat, n° 11 (Locré, t. III, p. 258).
(2) Grenoble, 7 mars 1849 (Dalloz, 1851, 2, 240). C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Valette sur Proudhon, t. II, p. 204 (Demolombe, t. VI, p. 94, n° 98, et p. 173, n° 197).
(3) Voyez le tome I[er] de mes *Principes*, p. 107, n° 72.

à l'adoptant et à l'adopté ce que nous avons dit du conjoint dont le consentement est vicié par l'erreur ou la violence. Pour l'adoption, il faut ajouter le dol. Ces vices donnent lieu à une nullité relative; d'après les principes généraux de droit, celui-là seul dont le consentement est vicié peut agir en nullité (1).

Les auteurs sont d'accord sur ce point. Il n'en est pas de même d'une seconde cause de nullité, l'absence du consentement des père et mère. Zachariæ la considère comme absolue, Demolombe comme relative (2). Nous préférons la première opinion. Il est vrai que la nullité analogue qui existe pour le mariage est relative; mais elle a ce caractère en vertu d'une disposition formelle de la loi. Peut-on étendre cette disposition par analogie? Nous ne le croyons pas. Il n'y a pas, à vrai dire, d'analogie entre le mariage et l'adoption. Tout, dans l'adoption, est fiction légale, et cette fiction est établie dans une matière d'état qui a toujours été considérée comme d'intérêt général; les causes de nullité participent de ce caractère, elles sont donc absolues, à moins que les principes généraux de droit ne nous obligent à les considérer comme relatives. Telle est la nullité résultant des vices de consentement. Mais le défaut de consentement des père et mère n'a rien de relatif, en ce sens qu'il n'y a pas de principe général qui nous permette ou nous commande de considérer cette nullité comme relative. L'article 1125, cité par M. Demolombe, est étranger à la matière; il ne s'agit pas d'incapacité dans l'espèce, mais d'absence de consentement. La nullité est donc absolue.

A plus forte raison toutes les autres nullités sont-elles absolues. Il en serait même ainsi du consentement du conjoint de l'adoptant. On pourrait objecter que c'est surtout dans son intérêt que la loi exige qu'il consente à l'adoption. Si le législateur avait prévu les diverses causes de nullité et déterminé leur caractère, il est probable qu'il aurait fait de cette nullité une nullité relative. Mais l'in-

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, nos 289 et suivants.
(2) Zachariæ, t. IV, § 558, p. 13. Demolombe, t. VI, p. 176, n° 204.

terprète ne peut pas le faire, par les motifs que nous venons d'exposer. Il faut donc admettre que la nullité est absolue (1).

234. Il suit de là que la nullité de l'adoption peut être invoquée par toute partie intéressée. Cela est fondé en raison. L'adoption étant une fiction légale, ne doit être maintenue que si les conditions requises par la loi ont été remplies. En ce sens, il y a un intérêt public à ce que l'adoption illégale soit annulée. Et pour qu'elle le soit, toute partie intéressée doit avoir le droit de demander l'annulation. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point (2). Reste à savoir qui est partie intéressée.

L'adoptant et l'adopté peuvent demander la nullité. Vainement objecterait-on qu'ils ont consenti; leur consentement est inopérant, lorsque les conditions prescrites par la loi pour qu'il ait effet n'ont pas été remplies. Il n'y a pas d'obligation, dit Merlin, là où manquent les conditions sous lesquelles la loi permet de s'obliger (3). Ils ont un intérêt moral à ne pas rester dans les liens d'une parenté fictive que la loi réprouve.

Leurs héritiers ont également le droit d'agir en nullité, mais leur intérêt doit être né et actuel; les héritiers de l'adoptant ont cet intérêt, puisque si l'adoption est maintenue, ils sont exclus de l'hérédité par l'adopté. On ne peut pas leur objecter que le contrat d'adoption fait par leur auteur les lie. Nous venons de dire que l'adoptant lui-même n'est pas lié. On ne peut pas non plus objecter que l'adoptant n'ayant pas réclamé, il a par cela même approuvé, confirmé l'adoption, que partant ses héritiers ne peuvent pas l'attaquer. On répond, et la réponse est péremptoire, qu'ils agissent non comme héritiers, mais comme parties intéressées; ils tiennent leur droit de la loi; dès lors on ne peut pas leur objecter leur qualité d'héritiers. Cela ne fait aucun doute (4).

(1) Comparez Demolombe, t. VI, p. 177, n° 207.

(2) Jugement du tribunal de la Seine du 11 juin 1841 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 99) et arrêt de la cour de cassation du 22 novembre 1825 (Dalloz, *ibid.*, n° 112, p. 298). Demolombe, t. VI, p. 178, n° 210).

(3) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Adoption*, § X.

(4) Duranton, t. III, p. 322, n° 329. Zachariæ, t. IV, p. 14, note 9.

Les parents pourraient-ils demander la nullité de l'adoption, du vivant de l'adoptant? Ils n'ont pas le droit d'agir, parce qu'ils sont sans intérêt. Les parents ne peuvent pas même invoquer un intérêt moral, parce que l'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant. Il est vrai que l'adopté joint le nom de l'adoptant au sien, et l'on s'est prévalu de ce changement de nom pour soutenir que les parents pouvaient demander la nullité de l'adoption. La cour de Grenoble a repoussé ces prétentions. En général, il faut un intérêt né et actuel, c'est-à-dire un intérêt pécuniaire pour agir en justice. La loi applique ce principe, en cas de nullité absolue du mariage, aux collatéraux. C'est par exception qu'un intérêt moral suffit. La jurisprudence admet, il est vrai, tout membre d'une famille à réclamer contre celui qui usurpe son nom et ses titres; mais cela suppose une usurpation. On ne peut pas dire de l'adopté qu'il usurpe le nom de l'adoptant; il a un titre, c'est l'acte d'adoption homologué et inscrit. Il s'agit de savoir si ce titre est vicié par une cause de nullité. La question doit donc se décider par les principes qui régissent l'action en nullité, et non par les règles que l'on suit en cas d'usurpation de nom (1).

N° 3. DURÉE DE L'ACTION ET COMPÉTENCE.

235. Quelle est la durée de l'action en nullité? Il y a une grande incertitude sur ce point dans la doctrine. Zachariæ admet la prescription de trente ans dans tous les cas de nullité. M. Demolombe distingue : les nullités absolues sont perpétuelles, les nullités relatives se prescrivent par dix ans (2). Ne faut-il pas dire que dans tous les cas l'action est imprescriptible? L'état ne peut pas s'acquérir par la prescription. Or, l'adoption ne produit-elle pas une espèce d'état, une espèce de paternité et de filiation? Et un état fictif peut-il s'acquérir par la prescription plutôt qu'un état véritable? Nous répondons par des questions,

(1) Grenoble, 22 mars 1843 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 227).
(2) Zachariæ, t. IV, p. 15 note 13. Demolombe, t. VI, p. 176, nos 203 et 206, p. 180, n° 212.

c'est-à-dire par des doutes. En matière de fiction, tout dépend de la volonté du législateur; c'est lui qui la crée, c'est aussi lui qui en devrait déterminer les caractères. Il ne l'a pas fait. Dès lors que reste-t-il à faire à l'interprète? Appliquer par analogie à la filiation fictive les principes qui régissent la filiation naturelle.

Si l'on admettait que l'action en nullité est soumise à la prescription par cela seul que la loi ne la déclare pas imprescriptible, il faudrait décider qu'elle se prescrit par trente ans, comme Zachariæ l'enseigne. Il ne peut pas s'agir ici de la prescription de dix ans établie par l'article 1304. La raison en est que l'adoption ne se forme pas par l'acte de consentement que le juge de paix reçoit; il faut de plus l'homologation des tribunaux et l'inscription sur les registres de l'état civil. Donc l'adoption n'est pas un contrat; c'est un acte solennel concernant l'état des personnes : à ce double titre, il ne tombe pas sous l'application de l'art. 1304.

236. Comment la nullité doit-elle être demandée? Il y a quelque doute sur ce point. C'est un vieil adage que *voies de nullité n'ont lieu en France*, c'est-à-dire que l'on ne peut pas attaquer les jugements par la voie d'action en nullité, qu'on doit les attaquer par le pourvoi en cassation ou par la requête civile. Cette maxime s'applique-t-elle à l'adoption? Non, car on ne peut pas dire qu'elle se fasse par jugement; le pouvoir judiciaire y intervient, mais le consentement des parties y intervient aussi, et il faut de plus, comme condition essentielle, l'inscription sur les registres de l'état civil. Il y a là une série de formalités qui font de l'adoption un acte solennel plutôt qu'un contrat, un jugement ou un acte de l'état civil. Dès lors l'adage ne reçoit plus d'application. D'ailleurs cette maxime ne concerne que les jugements proprement dits, les décisions rendues sur un procès. En cas d'adoption, il n'y a pas de procès, l'homologation est un acte de juridiction volontaire; et on n'a jamais contesté que ces actes ne puissent être attaqués par voie d'action en nullité. Cela est décisif. Telle est aussi l'opinion généralement suivie (1).

(1) Duranton, t. III, p. 327, n° 331. Zachariæ, t. IV, p. 14, note 11. Demolombe, t. VI, n°s 187-193.

L'action en nullité doit-elle être portée devant la cour d'appel qui a admis l'adoption, ou devant le tribunal de première instance du domicile du défendeur? Merlin dit qu'il est de principe que les actes de juridiction volontaire peuvent être révoqués par le tribunal même qui les a faits. Le principe, nous semble-t-il, ne reçoit pas d'application à l'adoption. En effet, ce n'est pas exclusivement un acte de juridiction volontaire accompli par le tribunal; tout ce que l'on peut dire, c'est que le juge y intervient à titre de juridiction volontaire; mais, comme nous venons de le dire, le consentement des parties est aussi un élément essentiel, ainsi que l'intervention de l'officier de l'état civil. Il faut donc dire qu'il s'agit d'attaquer un acte solennel et non un acte de juridiction gracieuse. Dès lors le principe invoqué par Merlin doit être écarté, et par suite l'action en nullité est régie par le droit commun. On objecte qu'il en résultera qu'un tribunal de première instance annulera ce que la cour d'appel a déclaré valable. Nous avons répondu d'avance à l'objection. La cour d'appel ne porte pas d'arrêt proprement dit, et l'adoption ne résulte pas de sa décision. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur tous ces points (1).

(1) Demolombe, t. VI, p. 179, n° 211. Dalloz, au mot *Adoption*, n°s 159 et 160.

CHAPITRE II.

DE L'ADOPTION TESTAMENTAIRE.

SECTION I. — De la tutelle officieuse.

§ Ier. *Conditions.*

237. On définit la tutelle officieuse un contrat de bienfaisance par lequel le tuteur, dit officieux, se charge d'administrer gratuitement la personne et les biens du pupille, et s'oblige en outre de l'élever à ses frais et de le mettre en état de gagner sa vie (1). Les auteurs du code ont organisé la tutelle officieuse pour faciliter l'adoption. L'une des conditions de l'adoption ordinaire est que l'adoptant ait fourni pendant six ans des secours à l'adopté mineur; et quand même cette condition, déjà rigoureuse, est remplie, l'adoption deviendrait impossible si l'adoptant venait à mourir avant que l'adopté fût majeur. Si l'adoptant est tuteur officieux, il peut adopter son pupille par testament, pendant sa minorité, et après cinq ans seulement de soins.

Duranton dit que les dispositions sur la tutelle officieuse sont, pour ainsi dire, un objet de luxe dans le code. Il ajoute que la raison en est simple : on ne veut pas contracter de pareils engagements sans avoir acquis la certitude morale que l'enfant sera digne du bienfait qu'on veut lui conférer (2). Quant à la facilité que la tutelle donne pour l'adoption, elle suppose que l'adoption est un fait usuel. L'adoption n'étant pas entrée dans nos mœurs, on conçoit que la tutelle officieuse soit encore moins pratiquée. C'est à peine si l'on en trouve un exemple. Le droit n'étant pas une science de luxe, nous nous bornerons

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 227.
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 266, n° 274.

à exposer sommairement les conditions et les effets de la tutelle officieuse.

238. Les conditions que la loi exige pour la tutelle officieuse sont analogues à celles qu'elle établit pour l'adoption. C'est le Tribunat qui a établi ce principe; il est très-logique, puisque, dans l'esprit du code, la tutelle officieuse est le préliminaire de l'adoption (1). Par application de ce principe, le tuteur officieux doit être âgé de plus de cinquante ans; l'on a maintenu cette condition, afin que la tutelle officieuse, faite en vue d'une adoption, ne détourne pas du mariage. Le tuteur ne doit avoir ni enfants ni descendants légitimes; s'il en a, l'adoption et par suite la tutelle officieuse n'a plus de raison d'être. S'il est marié, le consentement de son conjoint est nécessaire, pour que la tutelle ne devienne pas une cause de désunion dans la famille du tuteur (art. 361-362).

L'enfant doit être mineur, âgé de moins de quinze ans, puisque l'adoption, dont la tutelle est le préliminaire, n'est permise que si l'adoptant a donné pendant six ans des soins à l'adopté mineur (art. 364).

La tutelle se forme par concours de consentement. C'est le juge de paix qui dresse l'acte ou le procès-verbal, comme dit l'article 363. L'enfant ne pouvant pas consentir, ses père et mère, ou le survivant, ou le conseil de famille sont appelés à consentir en son nom. Si l'enfant n'a pas de parents connus, la loi exige le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli; et s'il a été reçu dans une famille particulière, la municipalité, c'est-à-dire le maire en France, en Belgique le conseil communal, doivent donner leur consentement (art. 361).

§ II. *Effets de la tutelle officieuse.*

239. La tutelle est un préliminaire de l'adoption, mais le tuteur ne s'engage pas à adopter son pupille. Dans cette incertitude sur le sort de l'enfant, ses père et mère, ou ceux qui lui tiennent lieu de parents pourraient refuser de

(1) Observations du Tribunat, n° 13 (Locré, t. III, p. 258).

remettre l'enfant entre les mains de celui qui veut devenir son tuteur officieux, à moins que la tutelle, par elle-même, ne présente des avantages certains pour l'enfant. C'est dans cette vue que la loi impose des obligations au tuteur, obligations qui constituent un bienfait pour l'enfant, alors même qu'il ne serait pas adopté.

D'abord les père et mère, ou ceux qui les représentent peuvent faire avec le futur tuteur telles conventions qu'ils jugent convenables. Sans préjudice de ces stipulations particulières, dit l'article 364, la tutelle officieuse emporte avec soi l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie. La loi ajoute que les dépenses d'éducation ne peuvent pas être imputées sur les revenus du pupille, en supposant qu'il ait quelque bien (art. 365). Cela allait presque sans dire, la tutelle étant un contrat de bienfaisance.

Il se peut que le tuteur vienne à mourir pendant la minorité du pupille. S'il l'a adopté par testament, on applique les principes sur la tutelle testamentaire que nous exposerons plus loin. Mais si le tuteur mourait avant qu'il se soit écoulé cinq ans depuis la tutelle, l'adoption serait impossible; et, lors même que les cinq ans seraient révolus, il peut arriver que le tuteur ne veuille pas adopter son pupille. Dans l'une et l'autre hypothèse, la loi décide que l'obligation alimentaire contractée par le tuteur passe aux héritiers : ceux-ci devront fournir à l'enfant, pendant sa minorité, des moyens de subsister (art. 367). On voit qu'il y a des obligations qui sont personnelles au tuteur et qui, à ce titre, s'éteignent avec sa mort, ce sont les soins qu'il s'est engagé à donner à l'éducation de l'enfant; il n'y a que les aliments proprement dits qui sont considérés comme une dette réelle. Nous ne connaissons pas de bonne raison de cette distinction; toujours est-il qu'elle résulte des textes (1).

240. La tutelle officieuse produit aussi des effets, comme tutelle, pendant la minorité du pupille. Puisque le tuteur

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 231. Zachariæ est d'un avis contraire, mais il ne donne pas de motifs (t. IV, édition d'Aubry et Rau, p. 31, et note 6).

officieux contracte l'obligation d'élever son pupille, il doit naturellement avoir soin de sa personne. Quelle sera l'étendue de ses pouvoirs? Il est tuteur, il a donc les pouvoirs que toute tutelle donne. Les principes généraux du code doivent recevoir leur application, par cela seul que la loi n'y déroge pas. Si le pupille était en tutelle, l'article 365 dit formellement que l'administration de sa personne et de ses biens passera au tuteur officieux. Si le pupille a encore ses père et mère, ceux-ci conserveront la puissance paternelle, parce qu'elle est d'ordre public et ne peut se déléguer. Si l'un des père et mère était décédé, la tutelle appartiendrait au tuteur officieux et la puissance paternelle au conjoint survivant (1).

Nous disons que la tutelle du tuteur officieux est régie par les principes généraux, quant à ses droits sur la personne du pupille. En ce qui concerne les biens, la loi se borne à dire que le tuteur est comptable (art. 370) et qu'il ne peut pas porter en compte les dépenses d'entretien et d'éducation. Faut-il appliquer les autres règles de la tutelle? L'affirmative résulte du texte de l'article 365 : « Si le pupille était antérieurement en tutelle, l'administration de ses biens comme celle de sa personne passera au tuteur officieux. » N'est-ce pas dire que la tutelle, telle qu'elle était exercée par l'ancien tuteur, passera au tuteur officieux? Il y avait un subrogé tuteur, un conseil de famille; la subrogée tutelle continuera d'exister, et le conseil de famille interviendra dans les cas où la loi exige son autorisation. L'ancien tuteur était soumis à l'hypothèque légale; les biens du tuteur officieux seront aussi frappés d'hypothèque. Nous croyons qu'il y aurait lieu à l'hypothèque légale, alors même que le pupille aurait encore ses père et mère; le texte s'applique à tout tuteur, donc aussi au tuteur officieux (art. 2121, et loi hypothécaire belge, art. 47). De même, il y aurait lieu à la subrogée tutelle, puisque le tuteur officieux a en tout cas l'administration des biens pupillaires (2).

(1) Demolombe, t. VI, p. 188 et suiv., nos 233, 234.
(2) Comparez Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 129, art. 370, no I.

241. La tutelle officieuse finit à la mort du tuteur. Nous avons dit quelle est, en ce cas, la position du pupille et quelles sont les obligations des héritiers du tuteur, s'il n'y a pas d'adoption.

La tutelle finit aussi à la majorité du pupille. Si le tuteur veut adopter son pupille, on suit les principes qui régissent l'adoption entre-vifs (art. 368). Si le tuteur ne manifeste pas l'intention d'adopter son pupille, celui-ci peut réclamer une indemnité, dans le cas où il ne serait pas en état de gagner sa vie. La loi semble subordonner ce droit à une condition : « Si, dit l'article 369, dans les trois mois qui suivront la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux, à fin d'adoption, sont restées sans effet. » Cela veut-il dire que le pupille est censé renoncer à l'indemnité, s'il laisse écouler trois mois sans faire de réquisition à son tuteur? C'est l'avis de Proudhon; cette opinion, bien que rigoureuse, doit être suivie, parce qu'elle s'appuie sur le texte et sur l'esprit de la loi. On ne voit pas pourquoi le législateur aurait fixé ce délai de trois mois, si le pupille pouvait toujours faire sa réquisition; tandis que l'on comprend très-bien qu'une indemnité fondée sur une incapacité de travailler soit réclamée de suite; aussi Cambacérès disait-il au conseil d'Etat que l'action du pupille devait se prescrire par un laps de temps fort court (1).

En quoi consiste l'indemnité que le pupille peut réclamer? L'article 369 dit qu'elle se résout en secours propres à lui procurer un métier. Cette disposition est assez étrange. Logiquement, il eût fallu décider que l'éducation que le tuteur avait commencée sera continuée. Si jusqu'à vingt et un ans le pupille a étudié le droit ou la médecine, lui dira-t-on à sa majorité : Vous allez devenir charpentier? Le texte paraît cependant formel. Mais ne pourrait-on pas dire que le code suppose que le tuteur n'a donné aucune éducation à son pupille, de sorte qu'à sa majorité *il ne se trouve point en état de gagner sa vie?* Dans cette suppositi-

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, qui partage l'avis de Proudhon (t. VI, p. 197, n° 249).

tion, on comprend qu'à un enfant qui sera généralement pauvre, l'on donne de quoi apprendre un métier. Mais si l'éducation est commencée, nous ne sommes plus dans les termes de la loi; l'esprit du code, à défaut de texte, demande, en ce cas, que le pupille puisse poursuivre ses études.

L'indemnité est-elle toujours due? L'article 369 dit que le tuteur officieux *pourra* être condamné à indemniser le pupille de l'incapacité où celui-ci se trouverait de pourvoir à sa subsistance. Il résulte de là que les tribunaux peuvent ne pas accorder d'indemnité. C'est ce qu'ils feront si l'incapacité du pupille lui doit être imputée. Il va sans dire que le pupille ne pourra pas réclamer d'indemnité si c'est par son refus que l'adoption n'a pas lieu; car la loi ne lui accorde le droit d'en exiger que s'il a inutilement requis l'adoption.

SECTION II. — De la tutelle testamentaire.

242. Le tuteur officieux peut, après cinq ans révolus depuis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille, lui conférer l'adoption par acte testamentaire (art. 366). C'est le but principal de la tutelle officieuse. Il va donc sans dire que le tuteur officieux peut seul faire une adoption par testament. On a soutenu que la reconnaissance d'un enfant naturel par son père équivaut à la tutelle officieuse, que par suite l'adoption testamentaire que ferait le père serait valable. C'est là une de ces opinions nouvelles qui tendent à faire un nouveau code civil. La cour de cassation l'a repoussée par le motif péremptoire que l'adoption est un acte solennel, et un acte solennel n'est valable que s'il est fait selon les conditions prescrites par la loi (1). Est-il nécessaire d'ajouter que la reconnaissance n'est pas une tutelle officieuse? La tutelle est un contrat qui exige un concours de consentement, tandis que la reconnaissance est un aveu de paternité. Il est vrai que cet aveu a des effets plus considérables que la

(1) Arrêt du 23 juin 1857 (Dalloz, 1857, 1, 392).

tutelle; mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que le législateur aurait pu permettre au père naturel d'adopter son enfant par testament, sans tutelle officieuse. C'est dire qu'il faudrait un changement dans la loi pour admettre cette adoption.

243. Quelles sont les conditions requises pour que le tuteur officieux puisse faire une adoption par testament? Il faut, dit l'article 366, que cinq ans soient révolus depuis la tutelle. Faut-il que ces cinq ans soient révolus au moment où le testament est dressé? Le texte paraît l'exiger, et la cour de cassation a jugé en ce sens (1). Mais est-il bien vrai que le texte soit aussi formel qu'on le dit? L'article 366 porte : « Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus depuis la tutelle, confère l'adoption au pupille par acte testamentaire, cette disposition sera valable, pourvu que le tuteur ne laisse pas d'enfants légitimes. » Le législateur prévoit le cas le plus ordinaire. Cinq ans se sont passés depuis que la tutelle officieuse existe. Le tuteur devient malade, il prévoit qu'il mourra; il peut alors adopter son pupille par testament, dit la loi. Est-ce à dire qu'il ne le puisse pas avant que les cinq ans soient révolus? La condition essentielle que la loi exige, c'est que pendant cinq ans le tuteur ait donné des soins à son pupille; c'est la garantie d'une affection réciproque. Eh bien, cette condition est remplie quand, lors du décès du tuteur, cinq ans se sont écoulés depuis la tutelle.

Vainement objecte-t-on que l'adoptant doit être capable au moment où il fait l'adoption, c'est-à-dire lorsqu'il écrit son testament. Ici est, à notre avis, l'erreur de l'opinion consacrée par la cour de cassation. Elle a confondu la *capacité* de l'adoptant avec les *conditions* requises pour la validité de l'adoption. Certes l'adoptant doit être capable au moment où il fait le testament. Mais en quoi consiste cette capacité? Il doit être tuteur officieux, sain d'esprit, capable, en un mot, de disposer par testament. Mais faut-il aussi que les conditions requises pour la validité de l'adop-

(1) Arrêt du 26 novembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 388). Les auteurs sont partagés (voyez Dalloz, au mot *Adoption*, n° 242).

tion soient remplies? Non, le texte même de l'article 366 le prouve. Le tuteur a des enfants au moment où il teste. L'adoption sera-t-elle nulle? Non, elle sera valable, dit la loi, s'il ne laisse point d'enfants légitimes à son décès. Il suffit donc que les conditions proprement dites de l'adoption soient remplies à ce moment. Cela est en harmonie avec la doctrine de la cour de cassation sur l'époque à laquelle doivent exister les conditions requises pour l'adoption entre-vifs; il faut qu'elles existent lors de l'homologation prononcée par le tribunal, il n'est pas nécessaire qu'elles soient accomplies lors de l'acte qui est reçu par le juge de paix; il suffit qu'à ce moment l'adoptant soit capable de consentir. Par identité de motifs, il faut décider que les conditions de l'adoption testamentaire doivent être remplies, non lors du testament, mais lors du décès du testateur. Cette interprétation est aussi fondée en raison. Si le tuteur, par affection pour le pupille, l'adopte par testament, fût-ce aussitôt après que le contrat de tutelle est passé, et s'il persévère dans cette volonté jusqu'à sa mort, pourquoi annulerait-on cette adoption? Le testament n'a d'effet qu'à la mort; le tuteur, après avoir testé, continue à prodiguer ses soins au pupille. Et l'on viendra annuler l'adoption parce que le tuteur n'est pas présumé avoir eu pour son pupille l'affection que la loi exige! Ce sont là des subtilités auxquelles les faits donnent un démenti.

244. L'adoption testamentaire devient-elle caduque si le tuteur survit à la majorité de son pupille? On enseigne généralement l'affirmative, et la cour de cassation a consacré cette opinion par le même arrêt que nous venons de combattre sur un autre point (1). On invoque de nouveau le texte et l'esprit de la loi. L'article 366 dit : « Si le tuteur officieux, dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette disposition sera valable. » Résulte-t-il de là que l'adoption devient caduque quand le tuteur est encore en vie au moment où le pupille arrive à sa majorité? Le

(1) Il y a aussi une décision de la régie de l'enregistrement en ce sens, du 2 octobre 1848 (Dalloz, 1849, 3, 47).

texte ne dit pas cela; les mots *dans la prévoyance de son décès* indiquent le motif pour lequel la loi admet l'adoption testamentaire, et le motif pour lequel le tuteur la fait; mais de ce que l'adoption par testament est permise en vue du décès, il ne suit pas que le décès soit une condition de validité de l'adoption. Une fois l'adoption faite valablement, elle doit produire ses effets, à moins que la loi ne la déclare caduque. Or, la loi ne prononce pas la caducité. On objecte que si le tuteur survit, l'adoption testamentaire n'a plus de raison d'être, puisque les parties intéressées peuvent faire l'adoption dans les formes ordinaires de l'adoption entre-vifs, comme la loi le dit dans l'article 368. L'objection est, en un certain sens, un argument en faveur de notre opinion. Si l'adoption devient caduque par la survie de l'adoptant, il faut décider que l'adoption devrait être refaite, si le tuteur officieux venait à mourir le jour où le pupille deviendrait majeur. Alors il serait impossible de remplir les formalités prescrites par la loi pour l'adoption entre-vifs, de sorte que l'adoption tomberait quoiqu'elle eût été faite légalement. Pour remédier à cet inconvénient, les auteurs ont imaginé de maintenir l'adoption testamentaire jusqu'à ce que les parties aient pu faire une adoption entre-vifs (1). Cela est inadmissible, car cela aboutit à faire la loi. Il faut donc décider que l'adoption testamentaire reste valable. C'est l'application du principe élémentaire que la loi doit sa sanction aux actes faits conformément aux prescriptions du législateur.

245. L'adoption testamentaire est valable, dit l'article 366, si le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes. C'est la condition de toute adoption. Ici il n'y a pas de doute sur l'époque à laquelle la condition doit être remplie. Le texte décide la question. Peu importe qu'il y ait ou non des enfants lors du testament; s'il y en a au décès du tuteur, l'adoption devient caduque, tandis qu'elle est valable si les enfants qui auraient existé lors du testament sont venus à prédécéder.

(1) Duranton, t. III, n° 242. Marcadé, t. II, p. 125, art. 366, n° I. Demolombe, t. VI, n° 74. En sens contraire, Chardon, *Puissance tutélaire*, n° 8, et Dalloz, 1856, 1, p. 388, note 1.

246. Quant aux formes de l'adoption, l'article 366 se borne à dire qu'elle se fait par acte testamentaire. Elle peut donc se faire par toute espèce de testament, même par testament olographe. C'est une dérogation au système général du code civil. La filiation ne s'établit que par acte authentique. Il en est de même de la filiation fictive créée par l'adoption. La loi exige même un acte authentique pour la tutelle officieuse; logiquement, elle aurait dû exiger aussi un testament authentique.

La loi ne prescrit pas l'homologation de l'acte testamentaire par les tribunaux. Dans le silence de la loi, il faut décider que l'intervention des tribunaux n'est point requise. C'est une nouvelle dérogation au droit commun. Proudhon cherche à la justifier en disant qu'il n'y a pas lieu à vérifier si l'adoptant jouit d'une bonne réputation, puisque l'adoption n'a d'effet qu'à la mort du tuteur officieux. L'explication n'est pas satisfaisante. Dans la pensée des auteurs du code, le pouvoir judiciaire intervient à raison du changement d'état qui résulte de l'adoption, et ce motif s'applique évidemment à toute adoption. C'est une lacune, un oubli; mais appartient-il à l'interprète de combler la lacune en réparant l'oubli? Non, certes (1).

La loi ne prescrit pas non plus l'insertion de l'acte testamentaire sur les registres de l'état civil. Nouvel oubli. L'interprète ne peut pas exiger de conditions ni de formes que le législateur a négligé d'établir.

247. L'adoption testamentaire s'ouvre, comme toute disposition de dernière volonté, à la mort du testateur. A ce moment le pupille adopté sera encore mineur. La loi le suppose. Comme tel, il ne peut pas accepter l'adoption; en effet, dans le système du code, l'adopté doit être majeur pour consentir à l'adoption (art. 346), et la loi applique ce principe fondamental à l'adoption que le tuteur officieux voudrait faire au cas où il survit à la majorité du pupille (art. 368). De là une grave difficulté, si l'adoption se fait par testament. A la mort du tuteur, le pupille étant mineur,

(1) Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 209. En sens contraire, Demolombe, t. VI, p. 115, n° 126.

ne peut pas consentir. Qui consentira pour lui? En matière de legs ordinaires, il y a lieu à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, avec autorisation du conseil de famille. Ici le bénéfice d'inventaire n'a pas de sens; d'ailleurs l'acceptation bénéficiaire serait irrévocable, ce que l'on ne peut pas admettre. Ajournera-t-on l'acceptation jusqu'à la majorité? Impossible, car la succession de l'adoptant serait dévolue, en ce cas, à ses parents, et les droits de l'adopté sur cette succession seraient compromis, la loi ne prescrivant aucune garantie. Dira-t-on que l'acceptation faite au nom du pupille pourra être révoquée par lui? Il faudrait un texte pour le décider ainsi. Ou permettra-t-on au mineur d'agir en rescision pour cause de lésion? Cela encore est inadmissible. Il n'y a pas de lésion proprement dite, et l'acceptation étant régulière serait à l'abri de toute attaque. En définitive il y a lacune dans la loi. Il ne reste qu'à appliquer les règles sur l'acceptation des dispositions testamentaires. Seulement le pupille devenu majeur devra être admis à répudier l'adoption (1).

CHAPITRE III.

EFFETS DE L'ADOPTION.

§ 1er. *Effets quant aux personnes.*

248. On pose d'ordinaire comme principe que l'adoption crée une paternité et une filiation fictive, ou purement civile. Le code ne le dit point; quand il parle des parties intéressées, il se sert toujours des expressions d'*adoptant* et d'*adopté;* il n'y a qu'un seul article (348) où l'on trouve le mot *enfants adoptifs;* c'est un vestige des projets primi-

(1) Voyez en sens divers sur cette question : Proudhon, t. II, p. 208 et la note de Valette; Demante, t. II, p. 170, n° 105 *bis* III; Marcadé, t. II, p. 126, art. 366, n° II; Demolombe, t. VI, p. 83, n° 80.

tifs d'après lesquels l'adoption transportait à l'adoptant la qualité de père et de mère légitime. Le code ne prononce pas les mots de *paternité* ni de *filiation*. Cependant si le mot n'y est pas, l'idée s'y trouve. Pourquoi l'inscription sur les registres de l'état civil, s'il ne résulte de l'adoption aucune parenté? Le code pénal de 1810 va plus loin : il qualifie de parricide le meurtre des pères et mères adoptifs, aussi bien que le meurtre des pères et mères légitimes et naturels (art. 299). Il y a donc une parenté civile; Berlier, l'orateur du gouvernement, l'appelle une *quasi-paternité* (1).

Cette quasi-paternité n'étant qu'une fiction, ne peut produire d'autres effets que ceux que la loi y attache. Cela décide la question de savoir si l'adoptant a la puissance paternelle sur l'adopté, s'il a la tutelle. La négative est évidente; le silence du code suffit pour le décider. Nous avons d'ailleurs un texte : l'article 348 dit que l'adopté reste dans sa famille naturelle; il reste par cela même soumis à la puissance de ses père et mère, et à la tutelle de droit commun. Il ne peut être question de tutelle légale de l'adoptant, alors qu'il n'y a pas de loi qui la lui défère (2).

Il y a une marque légale de cette paternité fictive : l'adopté prend le nom de l'adoptant en l'ajoutant à son nom propre (art. 347). Ce double nom que porte l'adopté indique qu'il appartient encore à sa famille, dont il conserve le nom, mais qu'il devient aussi fictivement l'enfant de l'adoptant, car ce n'est qu'à ce titre qu'il a le droit de porter son nom. Il y a donc deux parentés qui coexistent, la parenté naturelle et une parenté fictive ou civile.

249. L'article 348 porte que l'adopté restera dans sa famille naturelle et y conservera tous ses droits. C'est ce principe qui distingue l'adoption française de l'adoption romaine : celle-ci rompait les liens de la famille naturelle et les remplaçait par une famille nouvelle. Les auteurs du code n'ont pas voulu d'une adoption aussi contraire aux sentiments de la nature; ils ont préféré suivre la théorie

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 9 (Locré, t. III, p. 265).
(2) Besançon, 4 août 1808 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 51).

du code prussien, en maintenant des liens que la nature a créés et qui, à ce titre, sont indestructibles (1). L'adopté conserve tous ses droits dans sa famille naturelle; il peut donc réclamer des aliments, d'après le droit commun, et il reste aussi soumis à l'obligation alimentaire (art. 203, 206, 208). Il succède dans sa famille naturelle, et ses parents lui succèdent. Nous venons de dire qu'il n'y a rien de changé à la puissance paternelle et à la tutelle.

250. L'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant; le lien purement civil qui résulte de l'adoption n'existe qu'entre l'adoptant et l'adopté. C'est le but de la fiction, et la fiction s'arrête aussi à ces limites. De là suit qu'il n'y a aucune parenté entre l'adopté et les parents de l'adoptant, ni entre l'adoptant et les parents de l'enfant adoptif; donc aucune dette alimentaire ni aucun droit de successibilité. Les empêchements au mariage, dont nous allons parler, ne dérivent pas d'un lien de parenté.

Ce principe s'applique même aux descendants de l'adopté, car la loi n'y fait aucune exception. On peut appeler l'adopté l'enfant adoptif de l'adoptant, puisqu'il y a un texte qui lui donne ce nom; mais là s'arrête la fiction. L'adoptant n'a pas entendu adopter les descendants de celui qu'il adopte, et ceux-ci n'ont pas consenti à être adoptés; or, le lien de la parenté civile ne résulte que du concours de consentements. Il y a sans doute quelque chose d'anormal à ce que l'adopté soit le fils de l'adoptant, et à ce que les descendants de l'adopté ne soient pas ses petits-fils; mais il ne faut pas oublier que nous sommes sur le terrain d'une fiction. De là suit que les descendants de l'adopté ne peuvent pas demander des aliments à l'adoptant et ils ne lui en doivent pas. De là suit encore qu'il n'existe entre eux aucun droit de successibilité. Nous verrons une conséquence très-importante de ce principe au titre des *Successions*, c'est que les descendants de l'adopté ne peuvent recueillir la succession de l'adoptant, pas plus par représentation que de leur chef (2).

(1) Berlier, Exposé des motifs, nos 3 et 4 (Locré, t. III, p. 262).
(2) M. Demolombe discute longuement la question (t. VI, p. 125 et suiv., nos 139-141).

251. La parenté fictive que l'adoption crée est donc limitée à l'adoptant et à l'adopté. Les conséquences juridiques qui en résultent ont peu d'importance. Aux termes de l'article 349, l'obligation naturelle, qui continue d'exister entre l'adopté et ses père et mère, de se fournir des aliments, est considérée comme commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre. Gary, l'orateur du Tribunat, insiste beaucoup sur cet effet de l'adoption; c'est à peu près le seul qu'elle produise pendant la vie de l'adoptant. « Ce qui caractérise l'adoption, dit Gary (1), c'est l'obligation réciproque qui est imposée à l'adoptant et à l'adopté de se fournir des aliments. Ils y sont obligés par les doux noms de père et de fils qu'ils tiennent et de leur affection et de la loi. » De la loi, non, car elle ne donne jamais le nom de père à l'adoptant, et ce n'est que par mégarde qu'elle donne, dans une seule disposition, le nom d'enfant adoptif à l'adopté. De l'affection, cela est une question de sentiment. Tel est le vrai effet de l'adoption, la consolation que l'adoptant y cherche; mais c'est un effet moral qui ne regarde pas le droit.

252. Le mariage est prohibé, d'après l'article 348, entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ; entre les enfants adoptifs du même individu; entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté. Ces prohibitions sont-elles fondées sur le lien de parenté civile que l'adoption produit? La négative est évidente. On pourrait soutenir, à la rigueur, qu'il y a une espèce de parenté entre l'adoptant et les descendants de l'adopté; mais jamais on n'a prétendu qu'il y eût un lien quelconque entre deux enfants adoptés par la même personne, ni entre l'adopté et les enfants légitimes de l'adoptant. Bien moins encore l'empêchement qui existe à l'égard du conjoint de l'adoptant ou de l'adopté peut-il dériver de l'alliance : y a-t-il alliance sans mariage? Il faut donc chercher ailleurs les motifs de ces prohibitions. Gary, après avoir dit que l'image doit avoir le même effet que la

(1) Gary, Discours, n° 16 (Locré, t. III, p. 286).

réalité, ce qui est faux, ajoute une meilleure raison. « Le mariage est interdit à ceux qui sont destinés à vivre sous le même toit. La maison du père de famille doit être un asile inviolable et sacré; il faut en écarter le souffle des passions. La rigueur des prohibitions doit augmenter en raison de la facilité de la corruption (1). »

Les empêchements naissant de l'adoption sont-ils prohibitifs ou dirimants? Nous avons examiné la question au titre du *Mariage* (2).

253. L'adoption produit-elle une alliance entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté? Cette question a été vivement controversée en France. La loi du 20 mars 1831 porte, article 20 : « Dans les communes de cinq cents âmes et au-dessus, les parents au degré de père, de fils, de frère, et les alliés au même degré, ne peuvent être en même temps membres du même conseil municipal. » Cet article est-il applicable à l'adoptant et au mari de l'adoptée? Le tribunal d'Issoire, dans un jugement très-bien motivé, se prononça pour la négative. Sa décision fut cassée; mais le tribunal de Clermont-Ferrand, saisi du renvoi, décida dans le même sens. Nouveau pourvoi; la cour de cassation, chambres réunies, maintint sa jurisprudence (3). Nous nous rangeons, sans hésiter, du côté des premiers juges contre la cour suprême. La parenté qui résulte de l'adoption est purement fictive; elle l'est à ce point que le code n'ose pas même donner le nom de père à l'adoptant. Or, il est de principe que les fictions, œuvre arbitraire du législateur, ne peuvent produire d'autres effets que ceux que la loi y attache expressément. Le code établit-il, en termes clairs et formels, une alliance entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté? Telle est la question que la cour de cassation a résolue affirmativement. Elle se fonde sur ce que l'adoption crée une paternité légale; d'où elle conclut que l'adoptant et l'adopté étant parents en ligne directe, l'adoptant et le conjoint de l'adopté sont, par une

(1) Gary, Discours, n° 21 (Locré, t. III, p. 287).
(2) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 613, n° 484.
(3) Arrêts de la cour de cassation du 30 novembre 1842 et du 6 décembre 1844 (Dalloz, au mot *Adoption*, n° 176).

conséquence nécessaire, alliés au même degré. On voit que la cour procède par voie d'induction. Cela seul condamne sa doctrine. En matière de fiction, on ne raisonne pas par voie de principe et de conséquence. Il n'y a pas de principes en ces matières, il n'y a que des dispositions arbitraires qui ne peuvent pas être étendues; car en étendant la fiction, on la créerait, et l'interprète n'a pas ce droit.

§ II. *Effets de l'adoption quant aux biens.*

254. L'adopté succède à l'adoptant au même titre et avec les mêmes droits que l'enfant né en mariage. Il est considéré comme l'enfant de la loi (art. 350). L'adopté n'acquiert aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant, puisqu'il n'entre pas dans leur famille.

L'adoptant ne succède pas à l'adopté. Cela prouve combien la fiction de la parenté civile s'éloigne de la réalité. Si l'adoptant était le père de l'adopté, il devrait lui succéder. Pourquoi ne lui succède-t-il pas? Parce que l'adoption n'est qu'une fiction. Quel est le but de cette fiction ? C'est d'offrir à l'adoptant une consolation dans l'affection de l'adopté. Cela n'a rien de commun avec le droit d'hérédité. Donc l'adoptant ne doit pas hériter. Si l'adopté hérite, c'est parce que la fiction doit lui profiter; l'adoptant étant censé le traiter comme fils, doit aussi lui laisser son hérédité.

Il y a une exception à ce principe. L'adoptant et même ses descendants reprennent, dans la succession de l'adopté mort sans postérité légitime, les biens que l'adoptant lui a donnés (art. 351 et 352). Nous reviendrons, au titre des *Successions*, sur tous ces points. C'est là qu'est le vrai siége de la matière.

TITRE IX.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE (1).

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS LÉGITIMES.

SECTION I. — De la puissance paternelle sur la personne de l'enfant.

§ Ier. *Qu'est-ce que la puissance paternelle?*

255. L'orateur du gouvernement dit dans l'Exposé des motifs du titre IX : « Il faut avouer qu'entre les lois civiles qui jusqu'ici ont régi nos personnes et nos biens, il n'en est pas une seule qui ait besoin d'une plus entière réforme, qui ramène à ce que la nature ordonne... Ne pouvant, sur cette importante question, trouver aucun secours dans la loi romaine, ne trouvant dans les coutumes que des vues imparfaites marchant entre l'exagération et la faiblesse, le législateur a dû consulter la nature et la raison (2). » Ce que Réal dit de l'ancien droit est vrai quant à la législation romaine, mais il ne rend pas justice aux

(1) Chardon, *Traité des trois puissances*, t. II, *De la puissance paternelle* (Paris, 1842).

(2) Réal, Exposé des motifs, n° 6 (Locré, t. III, p. 331).

coutumes; il importe de le constater, afin que l'on sache ce que c'est que la puissance paternelle sous l'empire du code civil.

256. L'expression de puissance paternelle vient du droit romain. A Rome, la famille reposait sur l'idée de puissance, et on entendait par là un pouvoir absolu, illimité. La famille se concentrait dans son chef, et qu'était-ce que le père de famille? « C'est, dit Ulpien, celui qui a le *domaine* dans sa maison (1). » Ce domaine absorbe, il anéantit tout droit, toute personnalité de ceux qui y sont soumis. C'est un caractère distinctif de la famille romaine. Le chef de famille et ses enfants sont censés ne faire qu'une seule personne, le père résumant en lui la capacité juridique de toute la famille. De là la conséquence que l'enfant ne peut avoir aucun bien en propre; tout ce qu'il acquiert par son travail ou autrement devient la propriété du chef de famille. Les enfants n'ont pas plus de droit sur leurs personnes que sur les choses; ils restent sous puissance pendant toute la vie du père, alors même qu'ils sont revêtus de fonctions publiques, alors qu'ils ont eux-mêmes des enfants. Dans le droit ancien, le père avait sur ses enfants les droits que le propriétaire a sur sa chose : de même que celui-ci peut user et abuser, et même détruire ce qui lui appartient, de même le père pouvait mettre son enfant à mort, il pouvait le vendre; il avait, pour exercer son droit de propriété, l'action qui est donnée au maître, la revendication. Ce droit barbare s'adoucit, mais le principe d'où découlait la barbarie subsista : l'idée de domaine, l'absence de personnalité. Constantin, le premier empereur chrétien, permit au père indigent de vendre l'enfant qui venait de naître (2). Les Romains méconnaissaient la nature humaine dans l'esclave, ils la méconnaissaient aussi dans l'enfant. On a parfois regretté la forte constitution de la famille romaine; on a été jusqu'à la considérer comme un élément de liberté, parce que cette puissance, particulière à Rome, existait sous un régime républicain C'est se

(1) L. 195, D., *de verb. signif.* (L, 16).
(2) Namur, *Institutes et histoire du droit romain*, t. Ier, §§ 42 et 43.

faire une étrange illusion! Malgré le beau nom de république, la force régnait à Rome; le peuple était roi, c'est-à-dire maître absolu, comme plus tard les empereurs concentrèrent en leurs mains tous les pouvoirs. Eh bien, la famille et l'Etat reposaient sur les mêmes bases, c'est la force qui y dominait; est-ce en pliant sous la force que l'homme apprend à devenir libre?

Les principes du droit romain étaient suivis dans les pays de droit écrit. On a prétendu qu'ils avaient été modifiés par l'influence du christianisme. Il n'en est rien. Réal dit que la puissance paternelle, telle qu'elle existait en France, rappelait toujours sa sauvage origine. Le père seul avait la puissance paternelle; malgré les droits que lui donne la nature, la mère n'y participait pas. Le fils restait sous puissance pendant toute la vie de son père, bien qu'il fût lui-même un vieillard, à moins qu'il ne plût au père de l'émanciper. Le fils marié, mais non émancipé, était sous puissance avec ses enfants, conséquence révoltante, dit l'orateur du gouvernement, mais juridique du principe sur lequel reposait la puissance du père. Elle était établie dans son intérêt, alors que la nature nous crie que c'est l'intérêt de l'enfant qui doit dominer. Voilà pourquoi, en France comme à Rome, les biens du fils appartenaient au père, à l'exception des pécules (1).

257. Montesquieu se plaint qu'on ait adopté en France beaucoup de lois romaines étrangères à nos usages et à notre gouvernement, et qu'on ait rejeté la puissance paternelle qui était un si grand ressort pour le maintien des mœurs. Nous croyons que la vive critique de Réal est plus près de la vérité que cet éloge. « La législation romaine, dit l'orateur du gouvernement, si conforme en beaucoup de points à la nature, si fidèle interprète de la raison, s'écarte de l'une et de l'autre d'une manière bien étrange lorsqu'elle s'occupe de la puissance paternelle. » On invoque l'intérêt des bonnes mœurs; on oublie que la base de la morale est l'idée du sacrifice, du dévouement, de l'abné-

(1) Réal, Exposé des motifs, n° 4 (Locré, t. III, p. 330). Merlin, *Répertoire*, au mot *Puissance paternelle*, section II, n°s 2 et 3, et section IV, n° 1.

gation. Est-ce que le père donne des leçons de désintéressement à ses enfants, alors que toute la famille ne vit que pour lui, est absorbée par lui, au point qu'elle a à peine une personnalité différente de la sienne? Nos vieilles coutumes que l'on traite de barbares, qui nous viennent en effet de peuples barbares, avaient plus de respect pour la personnalité de l'enfant. Elles partent d'un principe tout à fait opposé On lit dans les *Institutes coutumières* de Loysel : *Droit de puissance paternelle n'a lieu* (1). Laferrière dit que c'est par erreur que Loysel pose cettre règle (2). L'erreur remonterait à Bacquet et à Dumoulin, l'oracle du droit coutumier (3). Comment croire que ces célèbres jurisconsultes, qui vivaient au milieu des coutumes, se soient trompés sur un point aussi élémentaire du droit coutumier? Il est vrai que l'on trouve l'expression de puissance paternelle dans un grand nombre de coutumes (4); mais il faut voir quelle idée elles y attachaient. L'idée est tout autre que celle du droit romain ; ce n'est pas en exagérer la portée que de dire que les coutumes ont inauguré une révolution dans les mœurs et dans le droit, qui en est l'expression. C'est un nouveau principe qui se fait jour, celui de la personnalité, de l'individualité humaine, principe que les anciens méconnaissaient, tandis qu'il domine dans toutes les relations civiles et politiques des peuples germains. Chez les Germains, la famille se résume également dans son chef; c'est lui qui la représente, c'est à lui qu'appartient la *composition* de tous les siens; mais il n'est plus leur maître, il n'est que leur protecteur. La *puissance* se change en *tutelle;* le *domaine* du père de famille devient la *mainbournie*, la *garde*. En ce sens, il est vrai de dire que les Germains ignoraient la puissance paternelle. Le mot de Loysel se trouve déjà chez les Longobards, et leurs lois étaient cependant les plus sévères des peuples bar-

(1) Loysel, *Institutes coutumières,* livre Ier, titre I, n° 37 (t. I, p. 82, édition de Laboulaye).

(2) Laferrière, *Essai sur l'histoire du droit français*, t. Ier, p. 131.

(3) Bacquet, *Des droits de justice*, chap. XXI, n° 58. Dumoulin, sur la coutume de Paris, § XXV, n° 13.

(4) Merlin les a énumérées (*Répertoire*, au mot *Puissance paternelle*, sect. I, n° 4, p. 34 et suiv.).

bares, en ce qui concerne l'autorité paternelle (1). Qu'était-ce donc que cette autorité? Le père a un droit sur ses enfants, mais c'est un droit de protection; c'est un devoir plutôt qu'un droit. Etabli en faveur de la faiblesse de l'âge, il cesse quand l'enfant n'a plus besoin d'appui. Il ne détruit pas sa personnalité; l'enfant peut acquérir et il acquiert pour lui. La mère a cette autorité au même titre que le père; qui plus qu'elle est appelé à guider l'enfance?

258. Les principes du droit germanique ont passé dans les coutumes et de là dans le code Napoléon. Chose singulière! Les auteurs du code n'ont pas conscience de cette filiation; ils répudient le droit coutumier avec dédain, avec colère. A entendre le tribun Albisson, on croirait que les coutumes sont nées des abus du régime féodal et que c'est le droit du plus fort qui les a dictées (2). A vrai dire, il y a identité entre le code civil et les coutumes. Qu'est-ce que la puissance paternelle dans le droit coutumier? Bourjon répond : « Le pouvoir des pères de famille sur leurs enfants est un pouvoir de *direction*, tempéré par la *piété* paternelle (3). » La définition de Réal est au fond la même : « C'est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la *surveillance* de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants (4). » Pothier dit que, dans les pays coutumiers, la puissance paternelle ne consiste que dans deux choses : 1° dans le droit que les père et mère ont de gouverner avec autorité la personne et les droits de leurs enfants, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens; 2° dans celui qu'ils ont d'exiger de leurs enfants certains devoirs de respect et de reconnaissance (5). » Le code Napoléon n'a fait que formuler ces règles en arti-

(1) « *Jure Longobardorum filii non sunt in potestate patris*, » dit un vieux commentateur des lois lombardes (Laboulaye, *De la condition des femmes*, p. 80).

(2) Albisson, Discours, n° 4 (Locré, t. III, p. 342).

(3) Bourjon, *Le droit commun de la France*, livre I, tit. V, chap. I, section I, art. 1 (t. Ier, p. 34).

(4) C'est la définition donnée par la commission chargée de rédiger un projet de code civil.

(5) Pothier, *Traité des personnes*, n° 130.

cles de loi : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère (art. 371). Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation (art. 372). » De ce principe suit, dit Pothier, que les père et mère ont le droit de retenir leurs enfants auprès d'eux. « L'enfant, dit le code, ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père (art. 374). » De là suit encore, dit Pothier, que les père et mère ont le droit de correction. Le code civil leur accorde le même droit (art. 375).

Les auteurs du code disent qu'ils ont emprunté à la raison et à la nature les principes qui régissent la puissance paternelle. Ils les ont puisés, sans s'en douter, dans les coutumes qu'ils traitent de barbares. C'est que les peuples du Nord, méprisés comme barbares par les Grecs et les Romains, avaient un sentiment plus vrai de la nature et de ses droits que les nations tant célébrées de l'antiquité. Ils ont donné à l'humanité moderne le principe de l'individualité, racine de notre liberté civile et politique. Ils respectent la personnalité jusque dans l'enfant qui vient de naître. C'est la différence radicale entre le droit romain et le droit coutumier qui est aussi le nôtre. Le principe nouveau est trop souvent méconnu ou mal compris. On parle toujours de la liberté du père de famille, de ses droits, comme si nous étions encore sous l'empire des lois romaines. C'est oublier la maxime coutumière que droit de puissance paternelle n'a lieu, c'est ne tenir aucun compte de la révolution profonde dont cette maxime est l'expression. L'enfant en naissant a son individualité, c'est-à-dire sa mission que Dieu marque dans les facultés dont il l'a doué. Son droit, et son droit sacré, inaliénable, c'est de développer ses facultés intellectuelles et morales; ce droit est aussi son devoir, sa mission. Dieu lui donne un protecteur, un guide pour diriger ses premiers pas dans la rude voie de l'éducation. Voilà le droit du père; disons mieux, voilà son devoir, car de droit proprement dit, il n'en a pas. Le vrai droit est à l'enfant; le père n'a que des devoirs. Si nos lois, à l'exemple des coutumes, lui donnent une certaine autorité sur l'enfant, c'est parce que cette autorité lui est nécessaire pour qu'il puisse remplir son devoir. Le père a le

devoir de direction et d'éducation, il faut donc qu'il ait le droit de garde et de correction. Il y a un abîme entre cette doctrine et celle de la législation romaine. La puissance paternelle des Romains est un pouvoir établi dans l'intérêt de celui qui l'exerce; l'enfant est un instrument de travail et de profit pour le père; tandis que, dans nos coutumes et d'après notre code, l'enfant a droit à être élevé, et ce droit impose au père une obligation; tout se rapporte à l'enfant, rien au père.

259. Faut-il encore demander quelle est la doctrine la plus rationnelle, la plus juste, celle de nos coutumes ou celle du droit romain? On a critiqué le code civil ainsi que la législation révolutionnaire. Zachariæ dit que les liens de la puissance paternelle ont été relâchés au point de compromettre les intérêts les plus sacrés de l'humanité (1). On lui a répondu qu'il est vrai que l'autorité paternelle est affaiblie, mais que cela tient aux mœurs beaucoup plus qu'aux lois (2). Il est certain que, dans les sociétés démocratiques, le principe d'autorité perd, tandis que le principe de liberté gagne. Reste à savoir quel est le vrai principe. L'histoire nous révèle les desseins de Dieu. Il se fait, depuis le berceau du genre humain, un mouvement continu vers la liberté. La révolution de 89 a été l'explosion violente de sentiments et d'idées qui germaient depuis des siècles. Elle n'a fait que formuler les principes qui étaient déjà proclamés par la conscience générale. Tel est avant tout le principe de liberté. Ce n'est pas une innovation du législateur révolutionnaire : Montesquieu a déjà fait la remarque qu'il plongeait ses racines jusque dans les forêts de la Germanie. La liberté régnant dans l'ordre politique, devait pénétrer aussi dans le sein des familles. De là les décrets qui abolissent la puissance paternelle (3). A vrai dire, ces décrets ne firent qu'étendre aux pays de droit écrit la maxime coutumière : « Droit de puissance pater-

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. Ier, § 16, p. 24.

(2) Demolombe, t. VI, p. 209, n° 264. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. Ier, p. 363, note 5.

(3) Le décret du 28 août 1792 abolit la puissance paternelle sur les majeurs, et le décret du 20 septembre 1792 fixa la majorité à vingt et un ans (titre IV, art. 2).

nelle n'a lieu. » Le reproche que l'on adresse au code Napoléon et aux lois de la Révolution remonterait donc à nos anciennes coutumes, c'est-à-dire qu'on leur reprocherait d'avoir organisé la famille sur la base de la liberté. Accusation injuste, s'il en fut jamais! Pour que la liberté soit puissante dans l'ordre politique, il faut qu'elle règne dans les familles, il faut donc que l'enfant soit élevé dans la liberté.

Si nous avions un reproche à faire à notre législation civile et politique, ce serait qu'elle n'a pas consacré les conséquences du nouveau principe inauguré par la Révolution. Le droit de l'enfant est reconnu en théorie, et en fait il est à la merci de l'ignorance et de l'aveuglement des pères. Ce sont eux qui élèvent l'enfant avec un pouvoir absolu, et trop souvent ils délèguent leur autorité à l'Eglise, dont l'esprit n'est certes pas celui de liberté. Il y a là une contradiction choquante : le droit de l'enfant, loin d'être garanti, est sacrifié. La garantie devrait être dans l'intervention de l'Etat : l'instruction obligatoire donnée dans des écoles placées sous la direction du gouvernement ou des autorités locales. En réclamant pour l'enfant la protection de l'Etat, nous n'entendons pas que l'Etat exerce sur lui cette autorité absolue que nous contestons au père. Non, l'enfant n'appartient pas plus à l'Etat qu'il n'est la propriété de ceux qui lui ont donné la vie, il appartient à lui-même. C'est son individualité qui doit être développée; en ce sens, il faut que la liberté la plus absolue préside à l'enseignement : l'enfant ne doit pas plus être dressé à la doctrine libérale qu'il ne doit être enchaîné dans le dogme catholique. C'est pour garantir le libre développement de l'enfant que nous réclamons l'intervention de l'Etat, et non pour absorber sa liberté au profit d'une doctrine quelconque.

Dans l'ordre civil, on peut adresser le même reproche à notre législation. Que devient le droit de l'enfant quand le père abuse de son autorité? Le code est muet sur cette question. Il a fallu qu'en bien des points la jurisprudence comblât la lacune. Cela n'est pas sans inconvénient. L'action des tribunaux ne doit et ne peut jamais rempla-

cer celle du législateur. Nous constaterons ces conflits. C'est appeler l'attention du législateur sur les réformes qu'il conviendrait d'introduire dans cette partie du code civil : telle est, à notre avis, la seule mission de l'interprète sous l'empire d'un droit codifié.

260. Nous arrivons à la conclusion pratique de ces considérations générales. Quand il y a conflit entre le père et l'enfant, conflit entre la puissance paternelle et l'intérêt, pour mieux dire, le droit de l'enfant, pour qui l'interprète se décidera-t-il? La question ne saurait être douteuse après ce que nous venons de dire. Nous sommes étonné que l'on demande encore si la puissance paternelle est établie dans l'intérêt du père ou dans l'intérêt des enfants (1). Le code civil reproduit la maxime coutumière : « Puissance paternelle n'a lieu. » Chose remarquable, le mot même de *puissance paternelle* ne se trouve plus dans nos lois, et c'est à dessein qu'il en a été effacé. Il y a eu à ce sujet une discussion très-intéressante au sein du conseil d'Etat. Le projet soumis à ses délibérations était intitulé comme l'est le titre IX du code : *De la puissance paternelle*. Boulay remarqua que cette expression était trop fastueuse et hors de proportion avec l'idée qu'elle était destinée à exprimer : il aurait voulu que l'on donnât pour titre : *Des droits et des devoirs des pères*. Tronchet dit qu'il faudrait au moins se servir de l'expression *autorité paternelle*, pour ne pas trop affaiblir l'idée. Maleville répondit que l'expression *puissance paternelle* était le mot reçu; que si la loi ne l'employait pas, on croirait qu'elle n'a pas voulu la chose. Il avouait du reste que la puissance du père ne pouvait plus être ce qu'elle était chez les premiers Romains, peuple composé de brigands et d'esclaves fugitifs. Berlier abonda dans les idées de Boulay. « Rien, dit-il, ne ressemble moins à l'ancienne puissance paternelle que l'autorité des père et mère qui est l'objet du titre IX. Il faut de nouveaux mots pour exprimer des idées nouvelles. Le projet de loi devrait avoir pour titre : *De l'autorité des père et mère* (2). »

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VI, p. 210, n° 266.
(2) Séance du conseil d'Etat du 26 frimaire an x, n° 11 (Locré, t. III, p. 315).

A la suite de ces critiques, le projet fut renvoyé à la section de législation. Dans la rédaction définitive, l'intitulé primitif fut maintenu, mais les articles du titre IX ne parlent plus de puissance : les articles 372 et 373 donnent le nom d'*autorité* à ce qui avait été jadis une puissance absolue. On peut donc affirmer que le titre intitulé : *De la puissance paternelle*, abolit réellement cette puissance. C'est aussi en ce sens que l'orateur du gouvernement s'exprime dans l'Exposé des motifs; il conserve le mot de *puissance*, mais le mot exprime des idées nouvelles. L'enfant naît faible, assiégé par les besoins et les maladies; la nature lui donne ses père et mère pour le défendre et le protéger. Quand arrive l'époque de la puberté, les passions s'éveillent en même temps que l'intelligence et l'imagination se développent. C'est alors que l'enfant a besoin d'un conseil, d'un ami qui défende sa raison naissante des séductions de toute espèce qui l'environnent (1). Ainsi la *puissance* du père n'est autre chose qu'une protection et une direction. Faut-il demander si la protection est établie dans l'intérêt du protecteur, et si celui qui est appelé à diriger l'éducation le fait dans son intérêt? La question n'a pas de sens. Nous aboutissons à la conclusion qu'il s'agit du droit de l'enfant et non d'un droit du père. Donc, en cas de conflit entre le prétendu droit du père et le droit véritable de l'enfant, pour qui l'interprète doit-il se prononcer? Evidemment pour l'enfant. C'est ce qu'a fait la jurisprudence, en dépassant même, à notre avis, la limite de son pouvoir.

§ II. *A qui appartient la puissance paternelle.*

Nº 1. DES PÈRE ET MÈRE.

261. Aux termes de l'article 372, l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation ; et l'article 373 ajoute que le père seul exerce cette autorité pendant le mariage. Le code consacre le

(1) Réal, Exposé des motifs, nº 2 (Locré, t. III, p. 328).

principe du droit coutumier; il appelle la mère et le père à titre égal à l'autorité qu'il leur accorde; quand il dit que le père seul exerce cette autorité pendant le mariage, cela ne veut pas dire que la mère reste étrangère à l'éducation de l'enfant; la loi n'a pas entendu la dégager d'un devoir que la nature lui impose, mais son intervention n'est que morale. La nécessité des choses le veut ainsi. Il faut de l'unité dans la direction de l'enfance; les père et mère délibèrent et décident, s'ils sont d'accord; en cas de dissentiment, il fallait donner le pouvoir proprement dit à l'un d'eux. C'est naturellement le père, investi de la puissance maritale, qui devait aussi avoir l'exercice de la puissance paternelle.

262. Dans l'ancien droit, on admettait que la mère avait l'exercice de la puissance paternelle, même pendant le mariage, lorsque le mari ne pouvait pas l'exercer pour cause de démence ou d'absence (1). Le code civil reproduit cette exception pour le cas d'absence (art. 141); il ne dit rien de la démence. De là quelque doute. Tant que le mari n'est pas interdit, il conserve l'exercice de tous ses droits, et par conséquent aussi de la puissance paternelle; mais comme de fait il sera incapable de l'exercer, de fait aussi la femme l'exercera. Ici déjà, il y a une lacune dans la loi, le fait ne suffit point; quand il s'agit de faire un acte juridique concernant la personne ou les biens de l'enfant, il faut en avoir le droit, et le droit, la mère ne pourrait l'avoir qu'en vertu d'une disposition de la loi, qui déroge à l'article 373. On peut cependant invoquer par analogie la disposition du code concernant le consentement des père et mère au mariage de l'enfant. Quand le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de la mère suffit (art. 149). Il en doit être de même de l'exercice de la puissance paternelle. Quand le père est dans l'impossibilité de l'exercer, il faut bien que la mère l'exerce. Il eût été plus régulier de lui déléguer, en ce cas, l'autorité paternelle. Toutefois, le principe que l'autorité paternelle

(1) Pothier, *Traité des personnes*, n° 134.

appartient à titre égal à la mère et au père suffit pour légitimer son intervention.

La même lacune existe en cas d'interdiction. D'après la rigueur des principes, il faudrait dire que l'interdiction n'apporte aucun changement aux effets du mariage, puisqu'elle a pour but unique de garantir les intérêts pécuniaires de l'interdit. Il est certain que, dans ses intervalles lucides, l'interdit est capable de tous les actes moraux (1). Mais qui exercera la puissance paternelle hors ces intervalles? Ici il y a lacune. L'interdit est placé sous tutelle; sera-ce le tuteur qui aura l'exercice de la puissance paternelle? Cela est inadmissible. La puissance paternelle ne se délègue pas, et la mission du tuteur se concentre sur la personne et sur les biens de l'interdit. Si ce n'est pas le tuteur, ce doit être la femme, en vertu des principes que nous venons de poser. Sans doute, cela n'est pas régulier. La loi aurait dû faire, en cas d'interdiction, ce qu'elle fait en cas d'absence, dire que la mère aura la surveillance de ses enfants et les droits qui y sont attachés. Dans le silence du code, il faut recourir à l'interprétation analogique. Telle est l'opinion généralement suivie (2).

263. En cas de prédécès de l'un des père et mère, le survivant exerce la puissance paternelle. L'article 373 le dit implicitement en déclarant que le père seul exerce cette autorité durant le mariage; la mère l'exerce donc après la dissolution du mariage. C'est, en effet, ce que porte l'article 382 pour le droit de correction. L'article 381, en restreignant les pouvoirs du père remarié, suppose encore qu'il a l'exercice de la puissance paternelle, plein et entier, quand il est veuf et non remarié. Cependant la loi dit aussi (art. 390) qu'après la dissolution du mariage arrivée par la mort de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs appartient au survivant. Il y a donc tout ensemble tutelle et puissance paternelle, et le plus souvent les deux puissances sont réunies sur la même tête. N'est-ce pas une contradiction? Le tuteur prend soin de la personne et des

(1) Voyez le tome V de mes *Principes*, titre de l'*Interdiction*.
(2) Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 52. En sens contraire, Demante, t. II, p. 179, n° 115 *bis*, et Proudhon, t. II, p. 244.

biens du mineur (art. 450); le père aussi gouverne la personne et administre les biens de l'enfant. De plus, la tutelle et la puissance paternelle ont le même but, ce sont deux autorités de protection, de direction. Pourquoi le législateur ne se contente-t-il pas de la puissance du père? C'est que l'enfant qui perd un de ses père et mère, perd par cela même un des protecteurs que la nature lui a donnés, et à ce moment même il acquiert des droits dont l'exercice peut le mettre en conflit avec le survivant : il est héritier de son père ou de sa mère, et le survivant a aussi des droits pécuniaires à exercer sur le patrimoine du défunt. Dans cette opposition d'intérêts, il faut à l'enfant des garanties nouvelles, dont il n'avait pas besoin pendant la vie de ses père et mère : ces garanties, il les trouve dans la tutelle.

La tutelle donne au mineur des garanties que la puissance paternelle ne donne pas à l'enfant. D'abord les pouvoirs du tuteur sont plus restreints et il a moins de liberté d'action. Un conseil de famille le contrôle, un subrogé tuteur le surveille. Il est soumis à l'hypothèque légale. Toutes ces mesures de défiance n'existent pas à l'égard du père. Pendant la durée du mariage, il est rare qu'il y ait des intérêts contraires, et quand cela arrive, l'appui de ses père et mère suffit pour garantir les intérêts de l'enfant. Quand le mariage est dissous par la mort de l'un des père et mère, la tutelle donne à l'enfant les garanties nouvelles auxquelles il a droit en vertu de sa nouvelle position. D'ordinaire le survivant est tuteur. Il réunit, dans ce cas, en sa personne la puissance paternelle et la tutelle; celle-ci vient limiter la puissance du père ou de la mère : nous dirons au titre de la *Tutelle* quelles sont ces limites. Par exception, le survivant peut ne pas être tuteur : s'il est excusé ou s'il est incapable. Conserve-t-il alors la puissance paternelle? L'affirmative est évidente. Le survivant a deux qualités distinctes; il est père et tuteur; il conserve sa qualité de père, alors même qu'il n'est pas tuteur. Mais comment, en ce cas, les pouvoirs se partagent-ils entre le tuteur et le survivant des père et mère?

La question ne se présente que pour la personne du

mineur; quant à ses biens, il est certain qu'ils sont administrés par le tuteur. Quelle est l'essence de la puissance paternelle en ce qui concerne la personne de l'enfant? Nous l'avons dit. La puissance paternelle est un devoir d'éducation. Puisque le survivant conserve cette puissance, il reste par cela même soumis à l'obligation qu'elle implique. C'est donc lui qui sera chargé de l'éducation de l'enfant. On le décidait ainsi dans l'ancien droit. Denisart dit, en termes énergiques, que lorsque le gardien et le tuteur sont deux personnes différentes, l'autorité du tuteur sur la personne du mineur est *éclipsée* pendant la garde par celle du gardien (1). Le même principe doit être suivi sous l'empire du code Napoléon. Mais comme le tuteur est aussi chargé de prendre soin de la personne du mineur (art. 450), on pourrait demander si le tribunal aurait le droit de confier le mineur au tuteur, de préférence au survivant, en supposant que l'intérêt de l'enfant l'exige. M. Demolombe répond que cette solution pourrait bien paraître raisonnable, et que peut-être il y aurait lieu plus d'une fois de la suivre (2). S'il s'agissait de faire la loi, nous n'hésiterions pas à donner ce pouvoir aux tribunaux, pour cause d'incapacité du survivant; car si pour sauvegarder ses intérêts pécuniaires, on organise la tutelle, à plus forte raison faut-il garantir un intérêt bien plus grand, l'éducation, dont dépend tout l'avenir de l'enfant. Mais le code donne-t-il ce pouvoir au juge? A notre avis, non. On ne peut pas dire qu'il y a lacune; la loi pourvoit à l'éducation du mineur en la confiant au père ou à la mère. La loi y pourvoit mal, soit. Cela prouve qu'il faut la corriger. Mais appartient-il aux tribunaux de corriger la loi?

Le survivant des père et mère conservant la puissance paternelle, alors même qu'il n'est pas tuteur, il s'ensuit que c'est le père ou la mère et non le tuteur qui a les droits de garde et de correction (art. 374 et 375). Cela n'est pas douteux, puisque ces droits ne sont donnés au père

(1) *Nouveau Denisart*, t. IX, *De la garde noble*, § XII, n° 4. Demolombe, t. VI, p. 289, n° 380.

(2) Demante admet aussi le pouvoir discrétionnaire des tribunaux (*Cours analytique*, t. II, p. 181, n° 117 *bis*).

que comme moyens d'éducation; c'est donc celui qui a le devoir légal d'élever l'enfant qui doit avoir le pouvoir qui y est attaché. L'application du principe donne lieu à une légère difficulté. Aux termes de l'article 108, le mineur a son domicile chez son tuteur; et d'après l'article 374, l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père. Si le père a la garde de l'enfant, chez qui celui-ci aura-t-il son domicile? On répond qu'il aura son domicile de droit chez son tuteur, comme le veut l'article 108; mais qu'il sera tenu de résider chez son père, comme le prescrit l'article 374. C'est l'opinion générale, et elle n'est pas douteuse (1).

Si le survivant est tuteur et s'il est destitué de la tutelle pour inconduite notoire (art. 444), sera-t-il déchu, par cela même, de la puissance paternelle, ou peut-elle du moins lui être enlevée soit par le conseil de famille, soit par les tribunaux? Nous examinerons cette question plus loin.

264. Si le survivant des père et mère se remarie, conserve-t-il la puissance paternelle? Il la conserve par cela seul qu'il n'y a pas de loi qui la lui enlève, et nous ajouterons qu'il n'y a pas de loi qui permette de la lui enlever. Que le père qui se remarie conserve la puissance paternelle, cela ne fait aucun doute. L'article 380 restreint seulement son pouvoir de correction; il ne peut plus l'exercer par voie d'autorité. Mais l'exception confirme la règle. Le père, quoique remarié, conserve donc, sauf cette restriction, la plénitude de la puissance paternelle.

La mère conserve aussi la puissance paternelle; mais la loi y apporte des restrictions plus graves. Elle n'a plus le droit, en sa qualité de mère, de faire détenir ses enfants du premier lit (art. 381); le pouvoir de correction ne peut être exercé, dans ce cas, par la mère que si elle est tutrice, et conformément à l'article 468. Privée du moyen que la loi donne à celui qui exerce la puissance paternelle pour qu'il puisse remplir le devoir d'éducation, ne doit-on pas en induire qu'elle n'a plus ce devoir? La loi lui enlève l'usufruit légal (art. 386), c'est-à-dire la récompense qu'elle

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 139, sur l'article 374.

accorde à celui qui a la charge de l'éducation et de l'administration des biens; la mère étant privée de l'avantage, ne faut-il pas en conclure qu'elle n'a plus la charge? Non, car elle ne cesse pas d'être mère, elle doit donc remplir les devoirs que la maternité lui impose, à moins que la loi ne l'en décharge, ce qu'elle ne fait pas. Il est vrai que la loi place la mère remariée dans une position très-illogique; elle lui laisse la charge, pour mieux dire le devoir d'éducation, et elle lui enlève le pouvoir nécessaire pour s'acquitter de son devoir. Cela est inconséquent, mais l'inconséquence de la loi ne nous permet pas de la corriger et de la refaire. Or, ce serait faire la loi que de prononcer contre la mère une déchéance qu'aucun texte n'établit.

265. Quand la mère qui se remarie est maintenue dans la tutelle, l'application de ces principes ne fait aucun doute. On sait que la mère tutrice qui veut se remarier doit convoquer le conseil de famille, lequel est appelé à délibérer si la tutelle lui sera conservée (art. 395). Lorsque le conseil maintient la mère dans la tutelle, elle réunit les deux pouvoirs après son mariage comme elle le faisait étant veuve. Mais que faut-il décider si la tutelle ne lui est pas conservée? La question est controversée. Nous croyons que la mère conserve la puissance paternelle sur la personne de l'enfant, et que l'administration des biens seulement passe au tuteur. En principe, cela ne fait même aucun doute. Ce qui donne lieu à controverse, c'est le point de savoir si le conseil de famille peut confier au tuteur la garde et l'éducation des enfants. Nous croyons qu'il n'a pas ce pouvoir. La mère tutrice qui se remarie a deux qualités, elle a la puissance paternelle et la tutelle; la loi permet au conseil de famille de lui enlever la tutelle, elle ne l'autorise pas à lui enlever la puissance paternelle. Cela décide la question. Vainement objecte-t-on que, d'après l'article 450, le tuteur prend soin de la personne du mineur. Cette disposition suppose que la tutelle existe seule; elle n'est plus applicable quand, à côté du tuteur, il y a encore la mère survivante. La tutelle n'absorbe pas, en ce cas, la puissance paternelle. Il faudrait un texte formel pour que le conseil de famille eût le droit de dépouiller la mère

d'un droit qui est en même temps et avant tout un devoir (1).

La jurisprudence se prononce pour l'opinion contraire. Elle admet que la garde et l'éducation de l'enfant peuvent être confiées au tuteur, si le plus grand intérêt du mineur l'exige (2). C'est, en définitive, donner aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire, comme le veut M. Demolombe (3). Nous croyons comme lui que c'est là le vrai principe, mais le code Napoléon l'a-t-il consacré? Il est certain que la loi ne donne ce pouvoir ni au conseil de famille, ni au tribunal. Cela est décisif, nous semble-t-il. Autre est la question de savoir si la mère peut être destituée de la puissance paternelle en cas d'inconduite notoire. Nous l'examinerons plus loin. Pour le moment, nous supposons qu'il n'y a pas d'inconduite notoire, mais que le conseil de famille, pour des raisons particulières, ne conserve pas la tutelle à la mère. Peut-on admettre que le conseil ait le pouvoir d'enlever à la mère la puissance paternelle, alors qu'aucun texte ne lui donne ce droit? Nous ne le pensons pas. Les pouvoirs du conseil de famille sont limités; il n'a de pouvoirs que ceux que la loi lui accorde. Il en doit être ainsi surtout quand il s'agit de la puissance paternelle, qui est d'ordre public. Les tribunaux mêmes, à notre avis, n'y peuvent porter aucune atteinte.

266. Il n'y a qu'un cas dans lequel le conseil de famille pourrait limiter l'exercice de la puissance paternelle, lorsque la mère tutrice se remarie. S'il lui conserve la tutelle, il peut prescrire des limites et des garanties spéciales en ce qui concerne l'administration des biens. Ici nous avons un texte. Le conseil de famille peut enlever à la mère la tutelle, c'est-à-dire l'administration des biens; à plus forte raison peut-il limiter les droits de la mère. C'est le cas de dire : Qui peut le plus, peut le moins. Telle est aussi l'opinion générale (4).

(1) Poitiers, 15 février 1811 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 394, 1°). Voyez, en sens contraire, Bruxelles, 28 janvier 1824 (Dalloz, *ibid.*, n° 394, 2°); Colmar, 29 août 1832 et Lyon, 5 avril 1827 (Dalloz, *ibid.*, n° 395).

(2) Bastia, 31 août 1826 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 734). Comparez arrêt de Paris du 9 mars 1854 (Dalloz, 1855, 2, 247).

(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VI, p. 294, n° 390.

(4) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Minorité*, n°s 394, 395.

N° 2. DES ASCENDANTS.

267. Les ascendants ont-ils la puissance paternelle ou y participent-ils de quelque manière? Il y a sur ce point une singulière confusion dans la doctrine. Les auteurs admettent deux puissances paternelles, l'une appartenant aux père et mère, l'autre commune à tous les ascendants (1). Il y en a qui tirent de là cette conséquence étrange que la puissance paternelle dure pendant toute la vie de celui qui l'exerce (2). Le code civil ignore ce langage et ces idées. Il est aussi clair que possible. L'article 372 dit que l'enfant est sous l'autorité de ses père et mère, et il y reste jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Aux termes de l'article 373, le père seul exerce cette autorité durant le mariage. Puis viennent les dispositions sur le droit de garde et de correction; il n'y est question que des père et mère. Dans tout le titre IX, le mot d'*ascendant* n'est pas prononcé. Cela est décisif.

En quel sens donc admet-on que les ascendants aient une espèce de puissance paternelle? On confond avec la puissance paternelle des dispositions qui n'ont rien de commun avec l'autorité que la loi donne aux père et mère. Et, il faut l'avouer, la confusion remonte aux auteurs mêmes du code civil. Réal, dans l'Exposé des motifs, rapporte à la puissance paternelle le consentement que les ascendants sont appelés à donner au mariage de leurs descendants mineurs, ainsi que les dispositions sur la réserve et la quotité disponible (3). Les auteurs sont encore allés plus loin; partout où ils ont trouvé un droit quelconque accordé aux ascendants, ils en ont conclu que ceux-ci avaient une part à la puissance paternelle (4). Nous leur opposerons les textes du code, qui donnent un démenti à cette fausse théorie.

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VI, p. 214, n° 270.
(2) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 164, n° 110.
(3) Réal, Exposé des motifs, n° 7 (Locré, t. III, p. 331).
(4) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VI, p. 219 et suiv., n°s 279-286).

Le consentement des ascendants au mariage est-il un effet de la puissance paternelle? Non, car, d'une part, tant que les enfants sont mineurs, ils doivent avoir le consentement non-seulement de leurs ascendants, mais aussi du conseil de famille. En conclura-t-on que le conseil de famille a la puissance paternelle? D'autre part, les fils de famille ne peuvent se marier qu'à vingt-cinq ans sans le consentement des ascendants, et ils doivent toujours demander leur conseil. Est-ce à dire que la puissance paternelle dure toute la vie? Le code dit le contraire; les majeurs ne sont plus sous puissance, donc le consentement et le conseil requis par la loi ne tiennent pas à la puissance paternelle.

Les ascendants peuvent former opposition au mariage de leurs descendants, et, dans certains cas, en demander la nullité. Faut-il rapporter ce droit à la puissance paternelle, comme le fait M. Demolombe? Les collatéraux ont aussi le droit de former opposition et d'agir en nullité. En conclura-t-on qu'ils ont la puissance paternelle? A ce titre, le ministère public l'aurait aussi!

Les descendants doivent des aliments à leurs ascendants. Comment peut-on voir dans la dette alimentaire un effet de la puissance paternelle, alors que le code impose cette obligation aux gendres et aux belles-filles?

Le code exige le consentement des ascendants pour le divorce par consentement mutuel. Ce n'est certes pas là un effet de la puissance paternelle, puisque les époux, étant émancipés par le mariage, sont par cela même affranchis de toute puissance.

La tutelle des enfants mineurs est déférée aux ascendants. Elle peut aussi être déférée à des collatéraux et à des étrangers, de préférence même aux ascendants. Preuve évidente que la puissance paternelle n'est pas en cause.

Les ascendants peuvent accepter les donations faites à leur descendant mineur. Est-ce là un effet de la puissance paternelle? Qu'on lise l'article 935, on y verra que les ascendants ont ce droit même du vivant des père et mère. Il faudrait donc dire que les ascendants ont la puissance paternelle alors que les père et mère vivent!

Les enfants ont un droit de réserve dans la succession de leurs ascendants, et ceux-ci ont une réserve dans la succession de leurs descendants. Est-ce un effet de la puissance paternelle? Ce serait un singulier droit que celui qui enlève à l'ascendant la libre disposition de son patrimoine!

Concluons, avec Proudhon et avec la cour de Nîmes, que jamais les ascendants n'ont la puissance paternelle (1).

268. S'il ne s'agissait que d'une question de doctrine, il ne vaudrait pas la peine d'insister pour démontrer ce qui est écrit dans nos textes, qu'il n'y a pas deux puissances paternelles, qu'il n'y en a qu'une seule et qu'elle appartient exclusivement aux père et mère. Mais les fausses idées conduisent toujours à des conséquences également fausses. On a demandé si le survivant des père et mère avait seul l'exercice de la puissance paternelle, ou si les ascendants y pouvaient intervenir. Nous sommes étonné de voir la jurisprudence divisée sur une question pareille. N'est-ce pas à celui à qui la loi accorde une autorité à l'exercer? Et de quel droit ceux qui n'ont aucune autorité légale viendraient-ils se mêler de l'exercice de la puissance paternelle? Cela ne conduirait-il pas à altérer, sans titre aucun, une puissance qui est d'ordre public? Pour limiter une puissance qui est organisée par la loi dans un intérêt social, ne faut-il pas une loi? Or, aucune loi ne donne, ni directement ni indirectement, aux ascendants le droit d'intervenir entre le père et l'enfant. Cela décide la question. Au point de vue des principes, il n'y a pas l'ombre d'un doute. Qu'est-ce que la puissance paternelle? C'est le droit d'éducation, pour mieux dire le devoir que les père et mère ont d'élever leurs enfants. A qui la loi impose-t-elle ce devoir? Aux époux (art. 203). Les ascendants n'ayant pas le devoir d'éducation, comment auraient-ils les droits que la loi n'accorde qu'à raison de ce devoir et comme moyen de le remplir? La cour de Nîmes l'a décidé ainsi par l'arrêt que nous venons de citer, dans une espèce où l'ascendant était le subrogé tuteur du mineur. Par suite de contestations sur-

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 335. Nîmes, 10 juin 1825 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 54).

venues entre l'aïeul et le père, celui-ci refusa à l'ascendant subrogé tuteur la faculté de voir ses petits-enfants. Le tribunal de première instance donna gain de cause à l'aïeul. Il invoque le droit naturel, qui permet aux aïeuls de voir leurs petits-enfants pour leur prodiguer des soins et chercher auprès d'eux des consolations dans leurs afflictions; le jugement ajoute que, dans le silence ou l'insuffisance de la loi, le juge doit y suppléer en appliquant les règles du droit naturel. Sans doute, si la loi était réellement insuffisante ou muette; mais y a-t-il insuffisance ou silence dans l'espèce? Le père seul, répond la cour de Nîmes, a la puissance paternelle; les ascendants ne l'ont jamais. L'aïeul aurait-il, comme subrogé tuteur, un droit qu'il ne tient pas de sa qualité d'ascendant? Il suffit de lire les articles du code civil sur la subrogée tutelle, pour se convaincre qu'elle n'a rien de commun avec l'exercice de la puissance paternelle (1).

La cour de Grenoble porta la même décision dans une espèce qui paraissait encore plus favorable à l'aïeul. La mère, en se remariant, s'était engagée à laisser voir les enfants à leur aïeul paternel, à les laisser sortir avec lui quand il le désirerait, à les envoyer chez lui chaque année pendant la moitié des vacances scolaires, à le consulter sur le mode le plus convenable d'éducation à leur donner, ainsi que sur la carrière qu'ils devraient embrasser, à ne pas prendre à ce sujet de détermination sans son concours, et, en cas de dissentiment, à accepter la décision du conseil de famille. Quelle était la valeur de ces promesses? Si on les considérait comme obligatoires, il en résultait que la puissance paternelle de la mère n'était plus entière. Or, peut-on déroger, par des conventions, à la puissance paternelle, qui est d'ordre public? Il suffit de poser la question pour la résoudre. L'article 6 frappe ces dérogations de nullité; le code ne les permet pas même dans le contrat de mariage, le plus favorable de tous les contrats (article 1388). Les engagements contractés par la mère ne pouvaient avoir qu'une valeur morale, dit la cour de Gre-

(1) Voyez, dans le même sens, Paris, 21 avril 1853 (Dalloz, 1854, 5, 622).

noble; ils n'en avaient aucune aux yeux de la loi. Sur le pourvoi en cassation, l'arrêt fut maintenu (1).

269. Il y a des arrêts en sens contraire. M. Demolombe, qui se prononce pour cette opinion, invoque des considérations morales. L'exercice absolu de la puissance paternelle, dit-il, serait d'une rigueur excessive; il serait infiniment blessant pour l'aïeul et très-douloureux pour l'enfant lui-même. Pour donner à ces motifs une apparence juridique, M. Demolombe se prévaut de l'article 4 du code civil et des droits que la loi reconnaît aux aïeuls, droits que nous avons mentionnés. Cette couleur juridique n'a aucune valeur. Qu'est-ce que le droit de consentir au mariage a de commun avec le prétendu droit d'intervenir dans l'exercice de la puissance paternelle? Et peut-il être question de l'insuffisance et du silence de la loi, alors que la loi a parlé? Restent les raisons morales. Nous pourrions nous dispenser d'y répondre; elles sont à l'adresse du législateur. Mais comme, dans cette matière, on est disposé à s'en rapporter au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, nous rapporterons l'excellente réponse que la cour de Bordeaux fait à cette manière commode de résoudre les difficultés.

La cour commence par rappeler les principes qui régissent la puissance paternelle; c'est la nature qui a placé les enfants sous l'autorité de leurs père et mère; la loi n'a fait que se conformer à ce que la nature demande. Le juge peut-il intervenir dans ces rapports? Non, dit la cour, à moins qu'il ne s'agisse d'un de ces abus monstrueux que le législateur n'a pas dû prévoir. Le code même nous le dit implicitement; il charge les magistrats de veiller au sort des enfants quand le mariage est rompu par le divorce. C'est une exception, et l'exception confirme la règle. Les ascendants peuvent-ils demander que l'autorité des père et mère soit limitée? A la vérité, les ascendants ont certains droits que la loi, d'accord avec la nature, leur donne, mais c'est seulement quand les père et mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté; du vivant des

(1) Grenoble, 11 août 1854 (Dalloz, 1855, 2, 91) et cour de cassation, 5 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 312).

père et mère, elle ne leur accorde aucune autorité sur les enfants, et c'est avec raison. Leur permettre d'intervenir, c'eût été gêner, disons mieux, c'eût été briser l'autorité paternelle en la divisant; le législateur ne veut pas même qu'on la divise en faveur de la mère, et il autoriserait les ascendants à la scinder! On dit que c'est dans l'intérêt des enfants. Est-ce que les enfants seraient intéressés à ce qu'il y ait des collisions entre leurs père et mère et leurs aïeuls! Sans doute il est désirable que les liens d'affection que la nature crée entre les ascendants et leurs petits-enfants soient fortifiés, loin d'être relâchés; mais si de fait il y a un conflit, le père seul ou la mère en doit être le juge. La loi ne donne aucune action aux aïeuls et elle ne devait pas leur en donner. Le père peut avoir de justes raisons d'éviter tout contact entre les enfants et leurs aïeuls, soit qu'il craigne que ceux-ci ne leur inculquent de mauvais principes, ou qu'ils n'ébranlent le respect et l'affection qui lui sont dus. Il ne doit compte à personne de ses motifs; ils peuvent être si intimes que l'honneur de la famille exige qu'ils restent secrets. Dira-t-on que le juge sera l'arbitre entre l'aïeul et le père? La cour de Bordeaux répond que « l'intervention des tribunaux aurait pour conséquence de rendre les dissentiments de la famille plus profonds en les livrant à la publicité (1). »

La cour de Bordeaux n'est-elle pas allée trop loin en décidant que le père peut interdire tout rapport entre l'enfant et son aïeul, sans qu'il ait à rendre compte de ses motifs? Nous ne le croyons pas. La nécessité de motiver sa conduite impliquerait un droit de contrôle pour l'autorité judiciaire, et nous ne voyons pas sur quoi ce droit reposerait. Toutefois la cour de cassation a cassé un arrêt de la cour de Montpellier qui posait le principe du pouvoir absolu des père et mère. Mais nous cherchons vainement dans l'arrêt de la cour suprême des motifs juridiques; nous n'y trouvons que des affirmations. « Le législateur n'entend pas que la puissance paternelle soit absolue et sans contrôle. » Qu'on veuille bien nous dire où le législateur a

(1) Bordeaux, 13 juin 1860 (Dalloz, 1861, 2, 92).

manifesté cette intention de limiter et de contrôler l'autorité des père et mère. « Il y a entre les enfants et leurs ascendants une réciprocité de droits et de devoirs qui ne sauraient être sacrifiés entièrement à la puissance paternelle, sans d'impérieuses raisons dont le père n'est pas l'unique et souverain juge; dès lors, en cette matière, comme en toute autre, il est permis de recourir à l'autorité des tribunaux et de leur demander qu'ils examinent s'il y a eu exagération ou abus dans l'exercice de la puissance paternelle, et si elle doit être ramenée dans les limites du droit (1). » Ceci est de la théorie toute pure. Nous comprendrions ce langage dans la bouche du législateur, nous ne le comprenons pas dans la bouche de l'interprète.

La cour de cassation ne cite aucun texte et pour une excellente raison; il n'y en a pas un seul en faveur de l'ascendant. Dans les décisions rendues par les tribunaux et les cours d'appel, on cite l'article 371. Mais, chose remarquable, cet article témoigne contre ceux qui l'invoquent. Il porte : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. » Certes, s'il y a une disposition du titre IX qui aurait dû être appliquée aux ascendants, c'est celle-là; et cependant le législateur la limite expressément aux père et mère. Vainement la cour de Paris dit-elle que cet article doit être étendu aux aïeuls paternels et maternels; on n'étend pas des obligations légales. Non pas que l'enfant ne doive point de respect à ses aïeuls, mais ce respect n'est qu'un devoir moral (2).

§ III. *Des droits attachés à la puissance paternelle.*

N° 1. DROITS MORAUX.

270. L'article 371 porte que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. » Cette disposition

(1) Arrêt de cassation du 8 juillet 1857 (Dalloz, 1857, 1, 273).

(2) Paris, 27 juin 1867 (Dalloz, 1867, 5, 348). Voyez, dans le même sens Bordeaux, 16 juillet 1867 (Dalloz, 1868, 5, 340) et Nancy, 28 mai 1868 (Dalloz, 1868, 2, 176).

établit-elle une obligation juridique, et quelles sont les conséquences qui en découlent? Par sa nature, ce devoir est évidemment un devoir moral. Il y a de cela une preuve péremptoire : l'article 371 reproduit un précepte du Décalogue, donc une maxime morale tout ensemble et religieuse. Pothier avait remarqué que, dans les pays coutumiers, la puissance paternelle ne consistait que dans le droit de gouverner avec autorité la personne et les biens des enfants, et d'exiger d'eux certains devoirs de respect et de reconnaissance (1). Voilà la source de notre article.

Au conseil d'Etat, Bérenger dit que l'article 371, ne contenant aucune disposition législative, devait être retranché. Boulay répondit que l'on avait cru utile de placer à la tête du titre les devoirs que la qualité d'enfant impose, de même qu'au titre du *Mariage* il y a un article qui retrace les devoirs des époux. Bigot-Préameneu ajouta que l'article contenait des principes dont les autres ne faisaient que développer les conséquences; que, d'ailleurs, en beaucoup de points, il deviendrait un point d'appui pour les juges (2). Il serait facile de démontrer que les observations de Boulay et de Bigot-Préameneu ne détruisaient pas l'objection de Bérenger; nous croyons inutile d'insister sur ce point, qui regarde le législateur plutôt que l'interprète. Il y a une remarque de Bigot-Préameneu qui mérite nottre attention. D'après lui, l'article servira d'appui au juge. Qu'est-ce à dire? Les tribunaux pourraient-ils s'autoriser de cette vague disposition pour régler les rapports juridiques des père et mère et des enfants? Demante semble le croire. Le législateur, dit-il, prescrit aux enfants de conformer leurs actes extérieurs aux sentiments de respect et d'honneur qu'il leur commande d'avoir pour les auteurs de leurs jours; et par là il donne aux magistrats le pouvoir d'empêcher et de réprimer les infractions. Si l'on prenait cette doctrine au pied de la lettre, les tribunaux auraient un pouvoir discrétionnaire. Demante lui-même recule devant les conséquences de ce prétendu principe; il le restreint aux ma-

(1) Pothier, *Traité des personnes*, n° 130.
(2) Séance du conseil d'Etat du 8 vendémiaire an XI, n° 3 (Locré, t. III, p. 318).

tières criminelles, qui nous sont étrangères; il ne croit pas que l'on puisse s'en prévaloir en matière civile (1).

Les auteurs sont très-embarrassés pour trouver une signification juridique à l'article 371. Demolombe dit que le législateur lui-même en a déduit les conséquences pratiques et positives (2). Quelles sont ces conséquences? On rapporte au respect que les enfants doivent à leurs ascendants la dette alimentaire que la loi leur impose. Nous avons déjà dit que cette obligation n'a rien de commun avec la puissance paternelle. Il en est de même du consentement dont les enfants ont besoin, en matière de mariage, de divorce et d'adoption (3).

On a jugé en France que l'enfant créancier de son père ne pouvait pas demander contre lui la contrainte par corps. Cela est très-douteux. La loi du 17 avril 1832 (art. 19) a mis fin à la controverse en sanctionnant cette défense; mais on ne peut pas dire que ce soit là une application de l'article 371, puisque la loi défend aussi de prononcer la contrainte par corps au profit du mari ou de la femme, des ascendants ainsi que des frères et sœurs du débiteur (4).

Proudhon dit qu'il résulte de l'article 371 que l'enfant ne peut ouvrir contre ses père et mère aucune action qui tendrait à les déshonorer, parce qu'il ne saurait avoir un droit contraire au devoir que la loi lui impose. C'est aller beaucoup trop loin, dit M. Valette. La loi même donne à l'enfant le droit d'obtenir des réparations civiles à raison d'un vol commis à son préjudice par ses père et mère (C. pén., art. 380) (5). En termes généraux, celui qui use d'un droit ne fait de tort à personne. Et pour empêcher l'exercice d'un droit en justice, il faudrait une disposition formelle de la loi, car ce serait une dérogation à une règle qui est la base de l'ordre social. Nous trouvons dans la

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 176, n° 113 et 113 *bis*.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 217, n° 275.

(3) Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 20.

(4) Dalloz, au mot *Minorité*, n° 734. Demolombe, t. VI, p. 217, n° 276. La loi belge du 21 mars 1859 contient une disposition analogue (art. 24) qui est encore plus large que la disposition de la loi française.

(5) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 238, et la note de Valette.

jurisprudence une décision qui est en harmonie avec cette doctrine sévère, mais juridique. Un fils assiste à un conseil de famille comme frère du mineur ; le conseil prononce la destitution du père tuteur. On demande la nullité de la délibération en se fondant sur l'article 371. La cour de Metz décida que par sentiment de convenance, le fils aurait peut-être dû s'abstenir de prendre part à une délibération dont le résultat était la destitution de son père comme administrateur des biens de ses enfants ; mais on ne peut pas dire, ajoute l'arrêt, qu'il y ait irrévérence à faire ce que la loi ordonne ; or, le fils devait être membre du conseil, à raison de son degré de parenté ; il n'a donc fait qu'obéir à la loi. Sur le pourvoi, l'arrêt fut maintenu par la cour de cassation (1).

En définitive, il n'y a aucune conséquence juridique qui découle directement de l'article 371. Voilà pourquoi nous rangeons les devoirs qu'il impose aux enfants parmi les devoirs moraux.

N° 2. DROIT DE GARDE.

271. L'enfant, dit l'article 374, ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père. C'est ce qu'on appelle le droit de garde ; il est de toute évidence qu'il est nécessaire au père pour qu'il puisse remplir son devoir d'éducation. De là suit, dit Pothier, que l'enfant soumis à la puissance paternelle ne peut embrasser aucun état, se faire novice, entrer en religion, contre le consentement de ses père et mère. Cela a été jugé ainsi, dans l'ancien droit, contre les jésuites, contre les feuillants et contre les capucins. Ces arrêts, ajoute Pothier, sont fondés en grande raison. L'état religieux n'est que de conseil évangélique ; or, il est évident qu'on ne peut pratiquer un conseil évangélique en violant un précepte tel qu'est celui de l'obéissance à ses parents, qui nous est prescrite par le

(1) Arrêt du 16 décembre 1829 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 78, p. 577).

quatrième commandement de Dieu. D'ailleurs, la profession religieuse, quoique bonne en soi, ne convient pas néanmoins à tout le monde; tous ne sont pas appelés à cet état; or, les père et mère sont présumés être plus en état de juger si leurs enfants sont appelés ou non à cet état, que leurs enfants, qui, n'étant pas encore parvenus à la maturité de l'âge, ne sont pas capables de juger de l'état qui leur convient (1).

Si nous transcrivons ces réflexions aussi évidentes que sages, c'est qu'en Belgique et en France, on prêche aux jeunes filles une doctrine contraire, subversive de toute autorité paternelle. Nous avons entendu une de ces pauvres enfants égarées répéter les conseils que lui avait donnés son confesseur. Sans doute, disait-elle, il faut obéir à ses père et mère, mais il faut obéir avant tout à Dieu, c'est le premier des commandements et il l'emporte sur tous les autres. Or, Dieu, cela va sans dire, c'est le moine qui siége au confessionnal, et qui persuade ses pénitentes qu'elles ont une vocation, qu'elles sont appelées à vivre de la vie des anges dans un couvent, et qu'elles doivent obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes. Voilà un exemple de la funeste influence qu'un clergé élevé dans le fanatisme ultramontain exerce sur la jeunesse! L'Etat a abdiqué ses droits, et les gens d'Eglise abusent de la liberté dont ils jouissent pour ruiner les fondements de l'ordre social.

272. Quelle est la sanction de l'article 374? Il est certain que, si l'enfant quitte la maison paternelle sans la permission de son père, celui-ci peut s'adresser à l'autorité publique pour le ramener, au besoin, par l'emploi de la force. Vainement invoquerait-on les principes qui régissent les obligations pécuniaires. Sans doute, un créancier ne peut forcer son débiteur à faire ce qu'il ne veut pas faire; et il peut encore moins demander la contrainte par corps hors les cas prévus par la loi. Mais il ne s'agit pas ici de rapports entre créancier et débiteur, ni de la liberté individuelle; il s'agit de sanctionner un droit qui est établi dans l'intérêt même de l'enfant. Son droit à lui

(1) Pothier, *Traité des personnes*, nº 131.

consiste à être élevé; or, pour qu'il puisse l'être, il faut qu'il soit sous la garde de son père.

On demande quelle est l'autorité à laquelle le père doit s'adresser. Les tribunaux seuls ont le droit de requérir la force publique; leur intervention est d'ailleurs nécessaire pour sauvegarder la liberté de l'enfant s'il avait atteint sa majorité. Un arrêt de la cour de Liége décide que le père doit s'adresser au ministère public (1). Nous ne comprenons pas cette décision. Il n'y a pas de délit, dès lors le ministère public n'a pas le droit d'agir. Le père demande l'exécution forcée d'un droit en matière civile; c'est donc devant les tribunaux civils qu'il doit porter son action. Il y a des auteurs qui enseignent que le président peut délivrer l'ordre d'arrestation. Ils invoquent les articles 376 et 377, qui donnent ce pouvoir au président quand le père veut faire détenir son enfant (2). Il nous semble que c'est confondre deux cas essentiellement différents. Quand l'enfant a quitté le domicile paternel sans la permission du père, il ne s'agit pas de l'arrêter, c'est-à dire de le priver de sa liberté en l'enfermant dans une maison de correction; il s'agit uniquement de le ramener dans la maison paternelle, au besoin par l'emploi de la force. Or, pour ordonner à l'enfant de rentrer, il faut un jugement; c'est le jugement qui sera exécuté, comme tout jugement, par l'intervention de l'autorité publique, s'il le faut (3).

273. L'article 374 admet une exception au droit de garde; l'enfant peut, à l'âge de dix-huit ans accomplis, quitter la maison paternelle pour enrôlement volontaire. En France, la loi du 21 mars 1822 (art. 32) a étendu à vingt ans l'âge fixé par le code civil. Autant valait maintenir la règle générale de la majorité ordinaire. Nous disons plus : le législateur aurait dû le faire. La disposition vient de l'ancien droit. Pothier la justifie en disant que l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt particulier de la puissance paternelle (4). C'est une mauvaise raison. La puissance pa-

(1) Liége, 12 avril 1842 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 26).

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VI, p. 236, n° 308.

(3) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire du code civil*, t. Ier, p. 389, n° 550.

(4) Pothier, *Traité des personnes*, n° 131.

ternelle est aussi d'intérêt public. Bourjon dit que les enfants appartiennent encore plus à l'Etat qu'à leur père (1). Cela est vrai en ce sens que l'Etat a le plus grand intérêt à ce que les enfants soient bien élevés ; cet intérêt lui donne le droit et lui impose l'obligation de veiller à ce que l'éducation paternelle atteigne son but. Loin d'entraver cette puissance et de la diminuer, il doit lui prêter son aide. Or, qui ne voit qu'en autorisant l'enfant mineur à s'enrôler, la loi brise l'autorité du père? Le fils récalcitrant n'a qu'à menacer de s'enrôler pour que le père lui cède, car ce que les parents redoutent avant tout, c'est que leurs enfants entrent au service militaire. Nos mœurs sont telles : elles sont pacifiques, et il serait à désirer que cet esprit se répandît de plus en plus parmi les nations. La guerre n'a plus de raison d'être que comme défense de la patrie et de la liberté. Quand une nation se trouve dans une de ces circonstances exceptionnelles, où ce que l'homme a de plus cher au monde est compromis, alors nous comprenons qu'elle fasse appel à tous les dévouements, sans distinction d'âge. Mais dans les circonstances ordinaires et normales, l'exception admise par les auteurs du code Napoléon ne saurait être justifiée. La seule raison que l'on ait donnée au conseil d'Etat, c'est qu'il fallait favoriser le recrutement volontaire. Soit. Mais il y a un intérêt plus grand que celui du recrutement, c'est l'éducation intellectuelle et morale des jeunes générations, l'espérance de l'avenir. C'est cette éducation qui devrait être la grande préoccupation du législateur (2).

274. Il est possible que l'enfant déserte la maison paternelle parce qu'il y est maltraité. La cour de Caen a jugé qu'il n'appartenait pas à l'enfant de se faire justice à lui-même; que s'il a des raisons de se plaindre, il doit s'adresser aux tribunaux, et demander l'autorisation de se retirer dans un lieu qui lui serait désigné par les magistrats (3). On peut demander si réellement le juge a ce droit. Auto-

(1) Bourjon, *Le droit commun de la France*, t. I[er], p. 34 (article 1[er]).
(2) Séance du conseil d'Etat du 8 vendémiaire an XI, n° 8 (Locré, t. III, p. 319).
(3) Caen, 31 décembre 1811 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 26).

riser l'enfant à quitter la maison paternelle, n'est-ce pas mettre le père dans l'impossibilité de remplir son devoir d'éducation ? n'est-ce pas briser la puissance paternelle? Non, le père qui maltraite son enfant n'exerce pas l'autorité que la loi lui donne; il en abuse. Si la loi oblige l'enfant à résider dans la maison paternelle, c'est pour que le père puisse remplir son devoir; or, le père qui, au lieu d'élever son enfant, le soumet à de mauvais traitements, viole son devoir. Dès lors les tribunaux ont le droit d'intervenir en faveur de l'enfant. Ils ne déclareront pas le père déchu de son autorité; le père la conservera, il pourra toujours diriger l'éducation de son enfant; seulement on le met dans l'impossibilité de le maltraiter. La puissance paternelle est avant tout un devoir : la justice peut intervenir pour en garantir l'accomplissement, soit en forçant l'enfant à rentrer dans la maison paternelle, soit en autorisant l'enfant à la quitter.

Nº 3. POUVOIR DE CORRECTION.

275. Le droit d'éducation implique le pouvoir de correction. Mais jusqu'où va ce pouvoir? Le code civil garde le silence sur ce point. C'est une question dont la solution dépend de l'état des mœurs et de la civilisation. On nie parfois le progrès moral; on ne niera pas le progrès des sentiments d'humanité. Il est facile de le constater en comparant nos vieilles coutumes avec notre droit moderne. On lit dans une loi du pays de Liége : « Les parents peuvent corriger et *battre* leurs enfants, sans qu'ils soient tenus d'aucune amende en justice, sinon pour cas de blessure (1). » Cette loi est un témoignage de la barbarie de nos ancêtres; le droit était barbare parce que les mœurs étaient incultes. Aujourd'hui nous défendons aux instituteurs de battre les enfants dont l'éducation leur est confiée. A plus forte raison faut-il dire que les père et mère ne doivent pas se livrer à des actes de brutalité, qui abrutis-

(1) Paix de Saint-Jacques, art. 27, § 6 (Merlin, *Répertoire,* au mot *Puissance paternelle,* sect. III, § I, nº 2, p. 42).

sent les enfants au lieu de les moraliser. Déjà au dernier siècle la voix du ministère public, organe de la société, s'éleva contre les pères qui abusaient de leur autorité. Ecoutons l'avocat général Talon : « Les pères qui exercent leur bonté envers leurs enfants sont alors juges souverains ; mais quand ils exercent leur justice et qu'ils châtient leurs enfants, leur pouvoir est soumis aux juges qui doivent juger leurs jugements. » On lit dans le réquisitoire de l'avocat général De Galissane : « S'il faut prendre garde de détruire l'autorité paternelle, il faut prendre garde aussi de détruire la tyrannie. » On fait parfois une distinction injurieuse entre les classes supérieures et les classes inférieures, et l'on dit que les châtiments sont nécessaires pour élever des enfants incultes qui n'écoutent que les coups. C'est calomnier la nature, répond De Galissane : « Dans la classe indigente, les mariages sont plus chastes, les familles plus unies, les liens du sang plus révérés, la nature plus écoutée, le tendre nom de père plus doux à prononcer (1). »

Sous l'empire de nos lois nouvelles, on a prétendu que le pouvoir domestique des père et mère n'était soumis à aucun contrôle. Une mère condamnée à cinq ans de travaux forcés et au carcan pour avoir exercé à diverses reprises des sévices sur un enfant de six ans, se pourvut en cassation. La demanderesse ou son avocat osa invoquer le droit romain, qui donnait droit de vie et de mort au père; elle invoqua la nature qui avait placé dans les mains des parents le pouvoir de corriger et de châtier leurs enfants. La cour de cassation opposa à cette étrange doctrine les sentiments et les principes de l'humanité moderne. « Si la nature, dit-elle, et les lois civiles donnent aux pères sur leurs enfants une autorité de correction, elles ne leur confèrent pas le droit d'exercer sur eux des violences qui mettent leur vie ou leur santé en péril. » La cour ajoute que ce droit ne saurait être admis surtout contre les enfants qui, dans la faiblesse du premier âge, ne peuvent

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Puissance paternelle*, sect. II, § I, n° 1, p. 40 et 42.

jamais être coupables de fautes graves (1). Ces paroles impliquent une restriction que nous ne saurions admettre. Quand même l'enfant serait adolescent, quand même ses fautes seraient graves, le père n'aurait pas le droit de lui infliger des châtiments corporels. Il ne l'a pas, parce que la loi ne le lui donne pas, et certes il ne le tient pas davantage de la nature. Nos lois proscrivent les coups même à l'égard des forçats; et elles les permettraient à l'égard de l'enfant! Le père n'a qu'un droit d'éducation; or, qui dit éducation exclut les châtiments corporels. Nous allons dire quel est le seul châtiment légal que le code civil admet comme sanction du devoir d'éducation : c'est le droit de détention. L'étendue de ce droit varie suivant qu'il est exercé par le père ou par la mère.

I. *Du père.*

276. Le pouvoir de correction du père varie d'après l'âge de l'enfant. S'il a moins de seize ans commencés, le père a le droit de le faire détenir par voie d'autorité; le président doit, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation. Dans ce premier cas, la détention ne peut excéder un mois. Si l'enfant est âgé de seize ans commencés, le père peut seulement requérir la détention de l'enfant; le président délivre alors l'ordre d'arrestation ou il le refuse; il peut aussi abréger le temps de la détention requis par le père. Dans ce second cas, la détention peut durer six mois (art. 376 et 377). Quelles sont les raisons de ces distinctions? Les fautes d'un enfant qui n'est pas encore dans sa seizième année sont naturellement moins graves que celles d'un enfant qui est adolescent, qui est entré dans l'âge des passions. Cette considération explique la différence que la loi établit pour la durée de la détention, suivant que l'enfant est au-dessous ou au-dessus de quinze ans. D'un autre côté, l'enfant qui n'a pas atteint quinze ans est trop jeune

(1) Arrêt de cassation du 17 décembre 1819 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 48).

pour braver l'autorité paternelle; on ne doit donc pas craindre que le père se laisse emporter par le désir de venger un pouvoir qu'il voit méprisé; tandis qu'entre l'adolescent et le père, il peut naître des conflits; l'on peut craindre que le père n'agisse par vengeance; dès lors la loi a dû faire intervenir un magistrat, qui sera juge entre le père et l'enfant. Le législateur n'a pas cru cette intervention nécessaire, lorsque le père punit l'enfant uniquement pour le corriger. Le père exerce alors un pouvoir absolu par voie d'autorité, c'est lui qui prononce la peine; le président n'intervient que pour légaliser l'arrestation, et pour vérifier si l'enfant est encore à l'âge où le père peut ordonner sa détention (1).

Il résulte de là que quand le père agit par voie d'autorité, il n'est pas tenu de faire connaître ses motifs, tandis qu'il doit les exposer au président, lorsqu'il requiert la détention de l'enfant (2). La conséquence est logique, mais elle témoigne contre le principe. Dans notre ordre politique, nous ne connaissons plus d'autorité absolue; tout juge doit motiver sa décision; c'est une garantie si précieuse, que les auteurs de la Constitution belge en ont fait l'objet d'une disposition formelle (art. 97). Si aucun pouvoir n'est absolu, si l'autorité judiciaire elle-même doit compte de ses décisions, pourquoi la puissance du père serait-elle illimitée? Comme Berlier l'a très-bien dit au conseil d'Etat, l'autorité du père ne doit pas être un despotisme, car le despotisme ne convient pas mieux dans la famille que dans l'Etat (3). Le pouvoir absolu est si contraire à nos sentiments et à nos idées, que les interprètes ont cherché à échapper à la rigueur de la loi. Demante dit que le président doit refuser son concours à un abus évident d'autorité (4). Il oublie que là où il y a un pouvoir illimité, il ne peut plus être question d'abus. S'il y a abus, c'est dans la loi; le législateur a eu tort de créer un pouvoir despotique au sein d'une société qui a horreur du despotisme.

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 344, nº 354.
(2) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t Ier, p. 366, notes 7 et 11.
(3) Séance du conseil d'Etat du 8 vendémiaire an XI, nº 11 (Locré, t. III, p. 320).
(4) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 182, nº 121 *bis*.

277. Si le père est remarié, dit l'article 381, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans commencés, de requérir la détention. La raison de cette exception est très-naturelle : comme le dit Réal dans l'Exposé des motifs, la loi ne suppose plus au père la même tendresse ni la même impartialité. Que faut-il décider si le second mariage était dissous par le divorce ou par la mort? Les auteurs français ne prévoient que le cas de mort, le divorce étant aboli en France; ils enseignent généralement que le père redevenu veuf peut faire détenir les enfants du premier lit par voie d'autorité. Le texte est favorable à cette opinion; il porte : *si le père est remarié*, il suppose donc le mariage existant; peut-on dire du père redevenu veuf qu'il est remarié? Non; or, dès que nous ne sommes plus dans les termes de l'exception, nous rentrons dans la règle, et la règle c'est la voie d'autorité. L'esprit de la loi laisse quelque doute; on a dit que, quoique l'influence de la marâtre ne soit plus à craindre, l'affection du père n'est plus la même. Cette considération ne nous touche pas, elle est par trop intime : qui peut pénétrer les vrais sentiments du père? Ce qui se passe en cas de divorce nous paraît décisif. Certes, en cas de divorce, tout le monde admettra que le père cesse de subir l'influence de sa seconde femme, et que par suite il rentre dans la plénitude de son pouvoir. Or, nous n'avons qu'un seul et même texte : si le père divorcé peut faire détenir l'enfant du premier lit par voie d'autorité, il faut en dire autant du père redevenu veuf (1).

278. Il y a une seconde exception au pouvoir de correction par voie d'autorité : lorsque l'enfant a des biens personnels, sa détention ne peut, même au-dessous de seize ans, avoir lieu que par voie de réquisition (art. 382). Cette étrange exception a été introduite dans le code sur la proposition de Cambacérès; il supposait que l'enfant avait des biens et un père dissipateur. Le père, dit-il, cherchera à

(1) Voyez les diverses opinions sur cette question dans Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 32.

le dépouiller ; il se vengera des refus de l'enfant et peut-être lui fera acheter sa liberté (1). Le consul Cambacérès a une réputation usurpée; ses observations manquent presque toujours de précision et de netteté. Celle que nous venons de transcrire n'a pas de sens. Un enfant au-dessous de seize ans peut-il disposer de ses biens, ou autoriser son père à en disposer? Le père administre les biens de l'enfant, il en jouit, mais il n'en dispose pas : comment donc pourrait-il faire acheter à l'enfant sa liberté? Si on lisait ces paroles dans quelque auteur médiocre, on dirait que c'est du verbiage.

279. Il y a une troisième exception en faveur de l'enfant qui a un état (art. 382) : il ne peut être détenu que par voie de réquisition, parce qu'il a besoin de plus de garantie. L'enfant pourrait souffrir un grave préjudice d'une détention que l'on peut supposer injuste. Il nous semble que le motif de l'exception témoigne contre la règle. Est-ce que la détention à laquelle un enfant, une jeune fille de quinze ans est soumise, ne peut pas compromettre son avenir? En vain la loi veut que cette punition reste secrète; elle s'ébruitera, et plus on aura pris soin de la tenir cachée, plus elle fera de mal. Quand l'honneur est en jeu, la magistrature devrait intervenir pour juger le jugement du père, comme le dit Talon.

280. Dans les cas où, par exception, le père ne peut faire détenir l'enfant mineur de seize ans que par voie de réquisition, la durée de la détention pourra-t-elle être de six mois? La question est controversée; nous ne comprenons pas qu'elle le soit. Quelle est la règle, et sur quoi porte l'exception? La règle dit que le père peut faire détenir l'enfant par voie d'autorité pour un mois. Il y a donc deux choses dans la règle : la durée de la détention et la voie par laquelle la détention est prononcée. Que dit l'exception? Que dans trois cas la détention ne pourra avoir lieu que par voie de réquisition. L'exception doit toujours être restreinte dans les limites pour lesquelles elle est éta-

(1) Séance du conseil d'Etat du 8 vendémiaire an XI, n° 12 (Locré, t. III, p. 321).

blie. Puisqu'elle ne porte pas sur la durée de la détention, la règle qui la fixe à un mois reste, par cela même, applicable. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Pourquoi la loi limite-t-elle à un mois la durée de la détention quand l'enfant a moins de quinze ans? Précisément à cause de son jeune âge; l'âge restant le même, la durée de la détention doit aussi être la même. Voilà une de ces controverses qui devraient disparaître de notre science, parce qu'elles ne lui font pas honneur (1).

281. La loi donne au père le droit de grâce, comme pour marquer que dans ses mains la justice ne doit jamais être séparée de la charité. Il est toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise. L'article 379 ajoute que si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée. Il va sans dire que le père exerce alors le pouvoir de correction, d'après les distinctions que nous venons d'établir. A la vérité, l'article 379 renvoie aux articles *précédents* et non à ceux qui suivent. Mais ce renvoi est parfaitement inutile. Le législateur n'a pas besoin de faire des renvois pour que ses dispositions doivent recevoir leur application.

II. *De la mère.*

282. Quand la mère exerce la puissance paternelle, elle peut aussi faire détenir l'enfant; mais son pouvoir est soumis à des restrictions. Aux termes de l'article 381, elle ne peut faire détenir l'enfant que par voie de réquisition, elle n'a donc jamais le droit d'ordonner la détention. De plus, la loi exige le concours des deux plus proches parents paternels. Pothier nous donne la raison générale des restrictions auxquelles les mères sont soumises. « La faiblesse de leur jugement, dit-il, et le caractère d'emportement, assez ordinaire à ce sexe, empêchent qu'on ne puisse compter sur le jugement de la mère comme sur celui du

(1) Voyez les diverses opinions dans Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 35.

père (1). » Réal ajoute que c'est dans l'intérêt même de la mère que le législateur exige le concours de la famille paternelle. « Une veuve sans défense, dont toutes les actions sont exposées à la critique de la malignité, se ménagera, dans le concours des deux plus proches parents paternels, des témoins impartiaux qui pourront attester la nécessité de cette mesure de rigueur et qui seront garants de sa bonne administration (2). » Ce concours est une condition requise pour que le président puisse ordonner l'arrestation; si donc les parents paternels refusaient leur consentement, la détention ne pourrait avoir lieu. D'après le texte de l'article 381, cela est évident, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute : le refus de concours prouve qu'il n'y a pas de raison qui justifie cette mesure de rigueur; dès lors le président ne peut pas l'ordonner (3).

On demande ce que la mère doit faire quand il n'y a pas de parents paternels. Les auteurs sont très-divisés sur cette question. Les uns appliquent par analogie les articles 407-410 sur la composition du conseil de famille, et remplacent les parents paternels par des amis du père. Cela est arbitraire : les amis ne peuvent remplacer les parents que dans les cas déterminés par la loi. Il en est de même des alliés. La condition exigée par le code ne pouvant être remplie, en faut-il conclure que la détention ne pourra être requise? Cela serait absurde, puisque la garantie établie en faveur de l'enfant tournerait contre lui. Il faut donc décider que la mère a le droit de requérir la détention, sauf au président à recueillir tous les renseignements qui le mettront à même de décider (4).

283. La loi ne donne pas à la mère le droit d'abréger la durée de la détention. En faut-il conclure avec Proudhon que, son pouvoir étant plus borné que celui du père, elle ne peut pas exercer le droit de grâce (5)? Nous croyons

(1) Pothier, *Traité des personnes*, n° 133.
(2) Réal Exposé des motifs, n° 12 (Locré, t. III. p. 332). Vesin, le rapporteur du Tribunat, s'exprime dans le même sens (Rapport, n° 6; Locré, t. III, p. 337).
(3) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. Ier, p. 368, note 18.
(4) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. Ier, p. 394, n° 557.
(5) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 247.

qu'il n'y a réellement pas silence de la loi, comme on le prétend. Le code commence par déterminer le pouvoir de correction du père ; dans ces dispositions, il y en a qui évidemment sont générales. Tels sont les articles 376 et 377 sur la durée de la détention, sur le pouvoir du président d'abréger le temps de la détention requis par le père ; tel est l'article 378 sur les formes et les frais ; tel est aussi l'article 379 sur le droit de grâce, droit essentiel en matière de correction et d'éducation. Ce même article prévoit le cas où l'enfant tombe dans de nouveaux écarts ; dira-t-on que cette disposition n'est pas applicable à la mère, parce que le code ne s'en explique pas d'une manière expresse? Il faut donc décider que la mère a le droit de grâce. Mais peut-elle l'exercer sans le concours des deux plus proches parents paternels? Il nous semble que la négative résulte du texte même de la loi. L'article 379 dit que le père est toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise. C'est donc celui qui requiert la détention qui a le pouvoir de l'abréger. Or, la mère ne requiert pas seule la détention ; les parents paternels concourent avec elle ; ils doivent donc aussi concourir pour exercer le droit de grâce (1).

281. Si la mère se remarie, elle ne peut plus faire détenir l'enfant de son premier lit, bien qu'elle conserve l'autorité paternelle. L'article 381 est formel ; il n'accorde ce droit qu'à la mère survivante et non remariée. Placée sous la puissance de son second mari, ce serait lui qui exercerait ce pouvoir rigoureux ; or, la loi se défie des sentiments du parâtre, et avec raison. Ce n'est pas à dire que l'enfant ne puisse être détenu. On appliquera l'article 468 ; le tuteur portera ses plaintes au conseil de famille, et le conseil l'autorisera, s'il y a lieu, à provoquer la reclusion du mineur. Si donc la mère est maintenue dans la tutelle, elle agira comme tutrice. Si la tutelle lui est retirée, elle perd tout droit de correction.

L'article 381 dit : « La mère *survivante*. » Est-ce à dire

(1) Voyez les diverses opinions dans Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 46.

que la mère ne puisse pas exercer le pouvoir de correction quand, par exception, elle exerce la puissance paternelle pendant le mariage? Non, certes. La loi prévoit le cas ordinaire; mais si, en cas d'absence du mari, la mère le remplace, elle doit avoir le droit de détention, puisque ce droit est établi dans l'intérêt de l'enfant. Seulement elle ne pourra l'exercer que par voie de réquisition et avec le concours des parents paternels. Elle ne peut pas avoir un pouvoir plus étendu quand elle exerce la puissance paternelle au nom de son mari que lorsqu'elle l'exerce en son propre nom; les motifs des restrictions prescrites par la loi sont les mêmes dans l'une et l'autre hypothèse. La mère a-t-elle aussi l'exercice de la puissance paternelle en cas d'interdiction du père? Nous avons examiné la question plus haut (n° 262).

III. *Procédure.*

385. Le code civil ne dit pas où l'enfant sera détenu. D'après le projet, la détention devait avoir lieu dans une maison de correction. Au conseil d'Etat, le consul Lebrun remarqua qu'envoyer les enfants dans une maison de correction, c'était les envoyer au crime. Bigot-Préameneu répondit que la section de législation ne s'était pas dissimulé que les prisons actuelles ne pourraient qu'augmenter la dépravation des enfants qui y seraient renfermés ; mais elle a supposé, dit-il, que l'on organiserait enfin de véritables maisons de correction. Les mots : *dans une maison de correction*, furent supprimés (1). Aujourd'hui le vœu du conseil d'Etat est devenu une réalité; l'emprisonnement cellulaire permet de mettre les enfants à l'abri de la contagion du vice, tout en abrégeant la durée de la détention. A Paris, la maison religieuse des dames de Saint-Michel reçoit les filles détenues en vertu de la puissance paternelle. (Décret du 30 septembre 1807.)

286. L'article 378 veut qu'il n'y ait aucune écriture ni

(1) Séance du conseil d'Etat du 20 brumaire an XI, n° 3 (Locré, t. III, p. 326).

formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés. « Donner de la publicité, dit Réal, à des erreurs, à des faiblesses de jeunesse, en éterniser le souvenir, ce serait marcher directement contre le but qu'on se propose; et de ces punitions, qui ne sont infligées à l'enfance que pour épargner des tourments à l'âge mûr, ce serait faire naître des chagrins qui flétriraient le reste de la vie. »

Quelles sont les écritures et les formalités que le code prohibe? Le père ne sera pas tenu de faire une requête, il n'aura pas besoin de recourir à un avoué, il pourra même former sa demande verbalement. Il faut un ordre d'arrestation, et cet ordre doit être écrit, parce que, d'après les principes de notre droit public, personne ne peut être détenu que par autorité de justice. Est-il exact de dire que cette écriture est la seule qui soit indispensable? Le code d'instruction criminelle porte, article 609, que « nul gardien ne peut recevoir aucune personne sans transcrire sur son registre l'ordre qui autorise la détention. » Cette défense est d'ordre public, c'est une garantie de la liberté individuelle, même pour l'enfant qui doit être détenu, mais qui ne peut l'être que s'il y a un ordre du président; et la seule garantie de l'existence de cet ordre, c'est que l'article 609 du code d'instruction soit observé. Vainement M. Demolombe dit-il qu'il *voudrait* qu'il n'y eût pas d'écrou: le droit le plus sacré de l'homme l'emporte sur toutes les considérations. Si le père emploie le ministère d'un huissier pour arrêter l'enfant et le faire conduire à la maison où il doit être détenu, il faudra même un procès-verbal d'arrestation (1). Mais comme l'article 378 veut qu'il n'y ait aucune formalité, il faut décider que le ministère d'un huissier n'est pas nécessaire, et que le père lui-même peut conduire l'enfant en prison.

287. L'article 378 ajoute que le père sera seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables. Cette disposition a donné lieu à une controverse à propos d'une virgule. Dans

(1) Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 40.

le projet, la virgule qui se trouve maintenant après le mot *frais* n'existait point; l'article signifiait donc que le père n'était tenu de faire aucune avance, pas plus pour les aliments que pour les frais. La virgule qui se trouve dans la rédaction définitive en change le sens; le texte signifie que le père fait une soumission pour les frais, mais qu'il doit payer les aliments d'avance. Il nous semble que c'est attacher trop d'importance à une virgule, il faudrait prouver qu'elle a été mise pour changer le sens du projet; or, cela n'est dit nulle part; nous lisons, au contraire, dans le rapport de Vesin, sans virgule aucune, que le père doit seulement souscrire une obligation de payer tous les frais et de fournir les aliments convenables (1).

288. L'enfant peut-il interjeter appel contre l'ordre d'arrestation? D'appel proprement dit, il n'y en a jamais. Dans l'article 382, qui prévoit deux cas où, par exception, le père ne peut faire détenir l'enfant mineur de seize ans que par voie de réquisition, il y a un second alinéa qui porte : « L'enfant détenu pourra adresser un mémoire au procureur général. Celui-ci se fera rendre compte par le procureur impérial au tribunal de première instance, et fera son rapport au président de la cour d'appel, qui, après en avoir donné avis au père et après avoir recueilli tous les renseignements, pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance. » On demande si cette disposition est générale, ou si elle ne s'applique qu'aux deux cas prévus par le premier alinéa, lorsque l'enfant a des biens personnels et lorsqu'il exerce un état.

Il y a un point qui est certain, c'est que l'enfant ne peut pas réclamer quand il est détenu par voie d'autorité; car dans ce cas, c'est le père qui ordonne la détention, et il le fait en vertu d'un pouvoir absolu, illimité. Il ne peut donc s'agir d'un recours que lorsque l'enfant est détenu par voie de réquisition. Nous disons que ce n'est pas un droit d'appel proprement dit. En effet, l'appel est suspensif; tandis que l'article 382 ne permet à l'enfant d'adresser un mé-

(1) Demolombe, t. VI, p. 256, n° 337. Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 509. Rapport de Vesin, n° 6 (Locré, t. III, p. 337).

moire au procureur général que lorsqu'il est détenu. La seule question qui reste à décider est donc de savoir si l'enfant peut aussi exercer ce recours quand il est détenu sur la réquisition de son père remarié, et dans les cas où, majeur de seize ans, il ne peut jamais être détenu que par voie de réquisition.

Il nous semble que le texte décide la question. La disposition qui permet à l'enfant un recours n'est pas une disposition générale; elle se trouve à la suite d'un premier alinéa qui prévoit deux cas de détention, dans lesquels la position de l'enfant est particulièrement favorable, quand il a des biens personnels ou qu'il exerce un état. On ne peut pas dire que la disposition ne fait qu'appliquer le droit commun, car le droit commun permettrait à l'enfant d'interjeter appel, et cet appel serait suspensif. C'est donc une disposition spéciale et, à ce titre, exceptionnelle, partant de stricte interprétation. On invoque en faveur de l'enfant l'esprit de la loi, la discussion. A vrai dire, les travaux préparatoires laissent la question indécise; mais du moins ils expliquent pourquoi la disposition forme un alinéa de l'article 382. C'est Cambacérès qui proposa les deux exceptions consacrées par le premier alinéa, et c'est aussi lui qui proposa d'autoriser l'enfant qui a des biens ou un état à se pourvoir devant le président de la cour d'appel. Dans la pensée de Cambacérès, ce recours était donc limité aux deux cas prévus par l'article 382. Le Tribunat demanda la suppression de la partie de l'article qui donnait à l'enfant un droit de recours, parce qu'il croyait qu'il en résulterait une espèce de débat judiciaire entre l'enfant et son père. Quand le projet revint au conseil d'Etat, on maintint la disposition en la précisant et l'on en fit un alinéa distinct. Réal, dans l'Exposé des motifs, considère la disposition comme spéciale à l'enfant qui a des biens ou un état. Par contre, le rapporteur et l'orateur du Tribunat l'entendent comme principe général. En définitive, l'article a été compris d'une manière différente par le conseil d'Etat et par le Tribunat. Il faut donc s'en tenir au texte (1). Nous

(1) Voyez, en ce sens, Marcadé, t. II, p. 146, et Réal, Exposé des motifs,

n'entendons pas approuver la loi. Si l'appel est un droit naturel, par cela même le recours devrait aussi être de droit commun. Il est contraire à tout principe qu'un citoyen, fût-ce un enfant, soit privé de sa liberté sans avoir été entendu et sans pouvoir réclamer.

§ IV. *Fin de la puissance paternelle.*

N° 1. CAUSES LÉGALES.

289. La puissance paternelle finit à la majorité (art. 372). C'est le principe du droit coutumier. Etablie dans l'intérêt de l'enfant, on ne conçoit pas que l'autorité du père dure encore lorsque l'enfant a atteint l'âge où l'on est capable de tous les actes de la vie civile (art. 488). Mais la puissance paternelle ne cesse, comme le dit Portalis, que dans ses effets civils : « Le respect et la reconnaissance continuent à exiger des égards et des devoirs que le législateur ne commande plus; la déférence des enfants pour les auteurs de leurs jours est alors l'ouvrage des mœurs plutôt que celui des lois (1). »

La puissance paternelle peut finir avant la majorité, par l'émancipation (art. 372). C'est le père même qui abdique, en ce cas, son autorité. Le code traite de l'émancipation dans le titre X consacré à la tutelle.

290. Le code pénal de 1810 prévoit le cas où les père et mère favoriseraient la prostitution et la corruption de leurs enfants, et prononce contre eux pour ce fait une peine de deux à cinq ans d'emprisonnement et une amende de 300 à 1,000 francs. L'article 335 ajoute que les père et mère seront, de plus, privés des droits et avantages à eux accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le code civil, au titre de la *Puissance paternelle*. Ces dispositions sont reproduites par le code pénal belge, lequel

n° 11 (Locré, t. III, p. 332). En sens contraire, Demolombe, t. VI, p. 249, n° 331; Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. Ier, p. 368, note 22; le Rapport de Vesin, n° 7, p. 338, et le Discours d'Albisson, n° 7, p. 342.

(1) Portalis, Discours préliminaire, n° 70 (Locré, t. Ier, p. 175).

a élevé le minimum des peines quand les coupables sont les ascendants de la personne prostituée ou corrompue (art. 379-382). Remarquons d'abord que la déchéance prononcée par le code pénal ne s'étend pas à tous les enfants du coupable; le texte dit *de l'enfant*, ce qui signifie l'enfant corrompu, celui à l'égard duquel le délit a été commis; le père conserve donc sa puissance sur ses autres enfants. Il y a des auteurs qui étendent la déchéance à tous les enfants; nous croyons aussi que le législateur aurait dû le faire; mais il ne l'a pas fait, et les lois pénales ne reçoivent pas d'interprétation extensive (1).

Le père est-il déchu de tous les droits qui se rattachent à l'autorité paternelle? Cette question doit encore être décidée négativement; car le code pénal dit que le coupable est privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le code civil, livre I[er], titre IX, *de la Puissance paternelle*. Le texte est donc limitatif, il ne concerne que la puissance paternelle proprement dite. Il résulte de là que le père conserve l'administration des biens de l'enfant, quoiqu'il soit privé de l'usufruit légal, car il est traité de cette administration, non au titre IX, mais au titre X (art. 389). De même, le père pourra consentir au mariage de l'enfant, au divorce et à l'adoption (art. 148, 278 et 346). Ces droits ne sont pas établis dans le titre IX, donc le père n'en est pas déchu; ils ne découlent pas d'ailleurs de la puissance paternelle proprement dite. Le père pourra-t-il émanciper l'enfant (art. 477)? Cette question nous semble toute différente. Le droit d'émanciper est une conséquence directe de la puissance paternelle; il n'y a que celui qui est investi de cette puissance qui puisse en affranchir l'enfant. Comment le père émanciperait-il l'enfant d'une autorité qu'il n'a plus? Comment renoncerait-il à des droits qu'il n'a pas (2)?

(1) Voyez les diverses opinions dans Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 68.

(2) Les opinions des auteurs sont partagées (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 69).

N° 2. CAUSE EXTRALÉGALE.

291. Y a-t-il d'autres cas dans lesquels les père et mère peuvent être déclarés déchus de la puissance paternelle? On suppose que le père maltraite l'enfant; si les mauvais traitements constituent un délit, il pourra être puni; cela ne fait aucun doute (n° 275); mais conservera-t-il la puissance que la loi lui accorde? Il y a des excès et des abus qui ne constituent pas des délits. Le père, au lieu d'élever l'enfant, comme il en a le devoir, ne satisfait pas même à ses besoins physiques; en guise d'éducation, il lui donne le spectacle incessant de la brutalité et de la débauche. Il a charge d'âmes, et au lieu de sauver, au lieu de moraliser les innocentes créatures que Dieu lui a confiées, il les perd. Cet être monstrueux restera-t-il investi de la puissance paternelle? Il n'y a pas de loi qui permette aux tribunaux criminels ni aux tribunaux civils de prononcer la déchéance de la puissance paternelle, en dehors de l'article du code pénal que nous venons de citer. Le silence de la loi ne décide-t-il pas la question? Nous le croyons, tout en déplorant la négligence du législateur. Il a oublié que la mission de l'Etat est de sauvegarder les droits des citoyens, et quel droit est plus sacré que celui de l'enfant?

M. Demolombe avoue qu'il n'y a pas de texte. « Comment faire? s'écrie-t-il. Il faut venir au secours de l'enfant. Nous ferons comme nous pourrons. Mais il faut absolument que nous en venions là : la raison, la morale, l'humanité même l'exigent. » Nous comprenons ce cri de l'âme, cette révolte du sens moral. Mais ces sentiments ne sont-ils pas à l'adresse du législateur? Le juge peut-il faire la loi que le législateur a eu tort de ne pas faire? M. Demolombe répond qu'il y a des moyens juridiques d'arriver à ce but. Nous ne demandons pas mieux que de les accueillir. Examinons.

« Puissance tutélaire et protectrice, il ne se peut que l'autorité du père devienne un moyen de tyrannie ou de démoralisation. » Rien de plus vrai. Mais quand le législateur établit une puissance absolue, et quand lui-même déter-

mine le cas, le seul où le père puisse être déchu de son autorité pour cause d'indignité, le juge peut-il admettre d'autres causes de déchéance? Cela ne s'appelle-t-il pas, à la lettre, faire la loi? On invoque l'article 4 du code : le juge est tenu de juger, alors même que la loi est insuffisante ou muette. La réponse est facile et nous la croyons, malheureusement, péremptoire. Il n'y a pas silence, il n'y a pas insuffisance de la loi; elle nous dit quand la puissance paternelle cesse (art. 372); elle nous dit quand le père en est déchu (C. pén,, art. 381). Le juge ne refusera pas de juger, il décidera que la puissance paternelle étant d'ordre public, il ne lui est pas permis d'en dépouiller le père, sinon dans les cas prévus par la loi. Vainement fait-on appel à l'ancienne jurisprudence pour justifier ce pouvoir « de haute surveillance, » ce « pouvoir modérateur. » Disons le mot, ce serait un pouvoir discrétionnaire. Or, ce qui distingue précisément le pouvoir judiciaire, tel qu'il est organisé aujourd'hui, du pouvoir des parlements, c'est que ceux-ci avaient une plénitude de puissance que nos tribunaux n'ont plus. Cela tenait à l'ordre politique, qui est complétement bouleversé; cela tenait à l'absence d'un code de lois, ce qui favorisait et nécessitait pour ainsi dire l'arbitraire du juge. Nous avons des codes; ils enlèvent aux magistrats tout pouvoir discrétionnaire. Il n'y a d'exception que dans les cas très-rares prévus par l'article 4, quand la loi est muette ou insuffisante. .

A défaut de texte, M. Demolombe recourt aux discussions. Comment les discussions tiendraient-elles lieu de texte? Elles ne prouvent qu'une chose, c'est que des questions ont été posées et qu'elles n'ont pas été décidées. Le premier consul, dont l'esprit vif et aventureux allait toujours plus loin que la réserve timide des légistes, signala les lacunes du projet. Un père n'élève pas son enfant, il manque à son devoir : quel sera le droit de l'enfant? Le père a des mœurs déréglées : laissera-t-on à un homme d'une inconduite notoire le soin de moraliser ses enfants (1)?

(1) Séance du conseil d'Etat du 26 frimaire an x, n° 9 (Locré, t. III, p. 315).

Ces questions si pressantes n'ont pas reçu de réponse.

M. Demolombe dit qu'il y a un texte décisif; l'article 444 exclut de la tutelle et permet de destituer les gens d'une inconduite notoire, ainsi que ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité. Cette disposition s'applique au père qui est tuteur; il peut être destitué de la tutelle, soit. Mais autre chose est la tutelle, autre chose est la puissance paternelle. Le juge peut-il, par une *application utile,* étendre au père ce que la loi dit du tuteur? Cela est contraire à tout principe d'interprétation; les déchéances, les peines ne s'étendent pas. Et la destitution n'est-elle pas une peine? Cela est contraire au texte même de nos lois pénales. Un père a excité la corruption de l'un de ses enfants, il a prostitué sa fille. Il est condamné à la reclusion, si l'enfant était mineure de onze ans. Certes, voilà plus qu'une inconduite notoire, plus qu'une incapacité d'exercer la puissance paternelle. Eh bien, la loi conserve son autorité à cet infâme qui a commis le plus grand crime dont un père puisse se rendre coupable; elle la lui conserve sur les enfants qu'il n'a pas corrompus. Il ne serait pas permis au tribunal criminel de prononcer cette déchéance. Et on permettrait au juge civil de prononcer la déchéance pour mauvaise éducation ou incapacité (1)!

292. Nous concluons, avec un profond regret, que la justice est désarmée par le législateur lui-même. Il n'y a qu'une seule voie juridique pour venir au secours de l'enfant, c'est de l'autoriser à quitter la maison paternelle. Nous avons reconnu ce droit au juge; mais il nous paraît impossible d'aller jusqu'à la déchéance ou à la destitution. La cour de Paris a jugé, conformément à ces principes, que la puissance paternelle ne pouvait finir qu'à la mort ou dans les cas déterminés par la loi (2). La cour de cassation est allée plus loin. Une veuve fut destituée de la tutelle pour inconduite notoire; le conseil de famille confia les enfants au tuteur. La mère se pourvut en cassation pour violation des dispositions du code civil sur la puissance pa-

(1) Demolombe, t. VI, p. 277, n° 367. En sens contraire, Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 65.

(2) Arrêt du 23 août 1825 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 78).

ternelle; la cour rejeta le pourvoi, mais en mettant une réserve extrême dans sa décision. Il importe de noter les termes de l'arrêt. D'abord la cour constate que l'arrêt attaqué n'a pas déclaré la mère déchue de la puissance paternelle, il y a seulement apporté une restriction motivée par l'inconduite de la mère, en lui enlevant l'éducation de ses enfants. Elle conserve les autres droits inhérents à la puissance paternelle, tels que le droit de consentir au mariage ou à l'adoption de ses enfants, le droit de les émanciper. La cour ajoute que l'arrêt n'a pas même prohibé d'une manière absolue le droit de communication de la mère avec ses enfants; il s'est borné à donner au tuteur et au conseil de famille le droit de régler ces rapports (1). Ainsi la cour de cassation n'admet pas que les tribunaux puissent prononcer la déchéance absolue de la puissance paternelle. Mais s'ils ne peuvent pas enlever aux père et mère l'autorité que la loi leur donne, de quel droit les dépouilleraient-ils du droit essentiel qui constitue la puissance paternelle, c'est-à-dire du droit ou, pour mieux dire, du devoir d'éducation? La puissance paternelle n'est pas autre chose. Enlever ce droit au père, c'est en réalité le dépouiller de la puissance que la loi lui accorde au titre IX du code civil.

Nous demandons de quel droit les tribunaux priveraient le père de sa puissance? La cour de cassation répond dans un autre arrêt « que si le droit des père et mère à la garde et à l'éducation de leurs enfants est en général un attribut de la puissance paternelle, l'intérêt des enfants est le principal motif qui doit déterminer le plein exercice ou la restriction de ce droit. » Sans doute, mais n'est-ce pas au législateur à établir ces restrictions? La cour décide que l'arrêt attaqué, en déclarant que les intérêts moraux et matériels des enfants demandaient qu'ils fussent confiés au tuteur, a fait ce que la *morale* et la *loi* permettent au juge (2). La *morale*, oui. Mais quelle est la *loi* qui donne ce pouvoir aux tribunaux? Il devrait y en avoir une. Voilà notre

(1) Arrêt de la cour de cassation du 3 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 290).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 15 mars 1864 (Dalloz, 1864, 1, 301).

conclusion. La question ne se présente pas seulement quand le survivant des père et mère est tuteur. Elle se présente encore, et avec plus de difficulté, quand le mariage subsiste. Si le père manque à ses devoirs, au point qu'il faudrait le destituer de la puissance paternelle, qui agira? La mère? Elle n'a pas le droit d'intervenir dans l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage : le père seul l'exerce, dit l'article 373. Le ministère public interviendra-t-il? Il devrait avoir ce droit; on prétend qu'il l'a quand il s'agit d'une loi d'ordre public (1). Mais en supposant qu'il ait le droit d'agir, en matière civile, quand il s'agit d'une loi d'ordre public, il faudrait au moins qu'il y eût une loi et il n'y en a pas. Le conseil de famille enlèvera-t-il au père le droit d'éducation? Il n'y a pas de conseil de famille appelé à limiter ni à contrôler l'exercice de la puissance que le père a sur la personne de ses enfants. Qui donc agira? Il y a là toute une procédure à organiser, procédure toute spéciale; est-il nécessaire de dire que le législateur seul a ce pouvoir (2)?

N° 3. DES CONVENTIONS ET RENONCIATIONS CONCERNANT LA PUISSANCE PATERNELLE.

293. Des conventions peuvent-elles déroger aux dispositions du code civil sur la puissance paternelle? La négative est si évidente que la question peut à peine être posée. On ne peut déroger, dit l'article 6, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public. Or, la puissance paternelle est essentiellement d'ordre public. Cela est déjà décisif : le code a même décidé la question en termes formels. Le contrat de mariage est un contrat privilégié; la loi permet aux futurs époux de faire bien des stipulations qu'elle défend en général; mais elle met une limite à cette liberté. Aux termes de l'article 1388,

(1) Voyez, sur cette difficile question, le tome III de mes *Principes*, p. 628, n°s 497 et 498.

(2) Demolombe admet naturellement que le juge a un pouvoir discrétionnaire (t. VI, p. 383 et suiv., nos 371 et suiv.). Demante dit la même chose, après avoir posé en principe que la puissance paternelle est indélébile (*Cours analytique*, t. II, p. 177, n° 114 *bis* I).

les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants. Donc toute convention qui dérogerait aux dispositions du code sur la puissance paternelle est frappée de nullité.

294. Quand les futurs époux ne professent pas la même religion, il arrive assez souvent qu'ils font des stipulations sur l'éducation religieuse des enfants qui pourraient naître de leur union. Tantôt ils conviennent de les élever tous dans la religion catholique, en cédant aux exigences de l'Eglise. Tantôt ils stipulent que les garçons seront élevés dans la religion du père, et les filles dans celle de la mère. Ces conventions sont-elles valables? Nous parlons de leur valeur juridique. Il nous paraît de toute évidence qu'elles sont nulles. En effet, elles tendent à enlever au père l'exercice exclusif de la puissance paternelle, en tout ou en partie; tandis que la loi veut que lui *seul* exerce l'autorité qu'elle donne aux parents pour l'éducation des enfants. Il est vrai que, d'après l'article 203, les deux époux sont obligés, à titre égal, d'élever leurs enfants; mais l'article 373 modifie cette disposition en tant que le devoir d'éducation devient un droit. En disant que le père *seul* exerce l'autorité paternelle durant le mariage, la loi exclut la mère. On a prétendu que les conventions sur l'éducation religieuse des enfants, sans être précisément obligatoires, devaient être prises en considération par les tribunaux (1). Cela est peu juridique. Une convention est valable ou elle ne l'est pas; si elle est valable, elle fait loi pour les parties contractantes et pour le juge; si elle est nulle, elle n'a aucune valeur. Or, telle est la convention dont il s'agit (2). La convention étant nulle, les tribunaux ne peuvent intervenir que pour prononcer la nullité, en déclarant que c'est au père seul à régler l'éducation religieuse de l'enfant. Ce pouvoir absolu a certes ses inconvénients. Mais dans l'état actuel de la législation, il est impossible de ne le as preconnaître.

(1) Pont et Rodière, *Contrat de mariage*, t. Ier, n°s 55, 56.
(2) C'est l'opinion générale (Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. Ier, p. 363, note 2).

En France, on a soutenu que le conseil de famille pouvait prononcer la destitution d'un père tuteur qui, ayant embrassé le protestantisme, manifestait l'intention d'élever ses enfants dans la même confession. Le tribunal de Versailles donna gain de cause au père, mais en évitant de se prononcer sur la question de droit (1). La même difficulté se présenta en Angleterre, et il fut décidé par la cour du banc de la reine que la femme catholique, veuve d'un protestant, avait le droit d'élever ses enfants dans la religion catholique et de leur faire abandonner la religion dans laquelle leur père les avait élevés (2). Le droit appartiendrait naturellement, en sens inverse, à la veuve protestante d'un père catholique. On voit le danger du pouvoir absolu qu'exercent les père et mère. Il n'y a d'autre remède au mal qu'une éducation publique, obligatoire, éducation qui se donne pour mission, non d'inculquer telle ou telle croyance religieuse, mais de développer les facultés intellectuelles et morales de l'enfant.

295. Les conventions concernant la puissance paternelle étant nulles comme contraires à l'ordre public, il faut décider qu'il en serait de même de toute renonciation que ferait la mère survivante, quand elle se remarie, en faveur des ascendants. Il y a, en ce cas, un léger motif de douter; on pourrait dire que ces renonciations sont la condition sous laquelle le conseil de famille maintient la mère dans la tutelle. Naît alors la question de savoir si le conseil a le droit d'imposer une condition pareille. Il peut, il est vrai, ne pas conserver la tutelle à la mère qui se remarie, mais il ne peut pas lui imposer une condition qui altère la puissance paternelle, puissance qui lui resterait, alors même qu'elle ne serait pas maintenue dans la tutelle (3).

(1) Jugement du 15 janvier 1856 (*le Droit,* numéro du 24 janvier 1856).
(2) Jugement du 21 janvier 1857 (*le Droit,* numéro du 24 janvier 1857).
(3) Voyez l'arrêt de la cour de cassation du 5 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 341).

SECTION II. — De l'administration légale.

§ Ier. *Principes généraux.*

296. L'article 389 porte que « le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. » On appelle ce pouvoir *administration légale,* parce que c'est la loi qui la donne au père. Elle la donne au père parce que le père seul a, pendant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle ; le père ayant autorité sur la personne de l'enfant, le père ayant aussi, d'après le droit commun, la gestion des intérêts pécuniaires de la famille, il était naturel de lui confier également l'administration des biens de l'enfant. La mère ne peut pas avoir cette administration de son chef. En effet, c'est une dépendance de l'autorité paternelle ; or, la mère n'exerce cette autorité qu'à la dissolution du mariage, et alors la loi organise la tutelle pour l'administration des biens du mineur ; la mère administre en ce cas les biens de l'enfant comme tutrice. Par exception, la mère a l'administration des biens pendant le mariage, quand elle exerce la puissance paternelle au nom de son mari. Il en est ainsi en cas d'absence (art. 141). On admet la même chose en cas d'interdiction du père. Nous reviendrons sur ce point au titre de l'*Interdiction.*

Pourquoi le père est-il *administrateur* des biens personnels de ses enfants plutôt que *tuteur ?* C'est demander pourquoi il n'y a pas de tutelle pendant le mariage. Nous avons déjà répondu à la question. L'enfant a une garantie dans l'influence que sa mère exerce de fait, sinon de droit. D'ailleurs il ne lui faut pas des garanties aussi fortes, tant que ses père et mère vivent, puisqu'il est rare qu'il y ait un conflit d'intérêts entre lui et son père (2).

297. L'administration légale du père est-elle d'ordre public? Peut-il y être dérogé par des conventions et des

(1) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 282, note 1.

renonciations, par les clauses d'une donation ou d'un testament? Cette question est très-controversée. Nous croyons que l'administration légale est d'ordre public et que partant il n'y peut être dérogé. C'est au père que cette administration appartient durant le mariage. Elle tient donc à la puissance paternelle et au mariage, deux institutions qui sont essentiellement d'ordre public. Si la loi donne l'administration au père, c'est parce que lui seul exerce la puissance paternelle; si elle ne prescrit pas de garanties en faveur de l'enfant, c'est qu'il trouve des garanties suffisantes dans le mariage, c'est-à-dire dans l'affection de ses père et mère. A tous ces titres, l'administration légale est d'ordre public; donc il y a lieu d'appliquer l'article 6, aux termes duquel on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public.

On dit que l'administration des biens n'est pas, comme l'administration de la personne, un attribut essentiel de la paternité (1). Cela est une affirmation toute gratuite qu'il faudrait prouver. En théorie, sans doute, on peut le soutenir; mais nous ne sommes pas sur le terrain de la théorie, nous sommes sur le terrain des lois positives. Il ne s'agit pas de ce que le législateur aurait pu ou dû faire, mais de ce qu'il a fait. Ici est, à notre avis, l'erreur de M. Demolombe (2), et il y faut insister parce que l'erreur est très-commune; on confond trop souvent la mission de l'interprète avec celle du législateur. Il est certain que la loi permet, en certains cas, de déroger, par des conventions particulières, à des principes d'ordre public; et elle le fait précisément en ce qui concerne l'administration des biens. Ainsi elle frappe en général la femme d'incapacité juridique; mais elle permet de déroger à cette règle. Après avoir dit que la femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre onéreux ou gratuit, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit (art. 217), elle ajoute : « Toute autorisation générale, même stipulée

(1) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. Ier, p. 408, note 17.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VI, p. 343, n° 458.

par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme (art. 223). » Donc la femme peut stipuler la libre administration de ses biens. La loi ne se contente pas de poser ce principe vague, elle entre dans les détails de ce que la femme peut faire en vertu d'une pareille stipulation. C'est un régime distinct, que la loi organise sous le nom de séparation de biens (art. 1536-1539). Est-ce que ces dérogations à l'incapacité juridique de la femme auraient été permises en l'absence d'un texte? Non, certes. Vainement aurait-on dit qu'il n'est pas de l'essence de la puissance maritale que la femme soit frappée d'une incapacité absolue et qu'elle ne puisse faire aucun acte sans autorisation de son mari, pas même un acte d'administration. On aurait répondu que cela est très-vrai, mais que l'incapacité de la femme étant d'ordre public, le législateur seul y peut déroger ou permettre que l'on y déroge, que lui seul peut fixer les limites dans lesquelles ces dérogations sont admises. Eh bien, on peut faire absolument le même raisonnement pour l'administration légale. Elle tient à l'ordre public, puisqu'elle est attachée à la puissance paternelle et au mariage. Mais l'on conçoit que la loi permette d'y déroger; en quel sens et dans quelles limites? C'est ce que la loi aurait dû déterminer, car la loi seule le peut. En l'absence d'un texte qui autorise la dérogation, l'interprète ne peut pas l'admettre, car en admettant une exception à un principe d'ordre public, il ferait la loi; il ferait encore la loi en décidant que la dérogation ne peut avoir lieu que sous certaines conditions, avec certaines restrictions : est-ce à lui à formuler ces conditions et ces restrictions ou est-ce au législateur?

298. Jusqu'où va le principe, et où commence l'exception? Voilà un point que le législateur seul a le droit de décider. Nous allons voir les embarras et les incertitudes de la doctrine et de la jurisprudence, en face de ces difficultés que l'interprète n'a pas mission de résoudre, et qu'il lui faut néanmoins trancher, si l'on admet que la dérogation est permise. On demande si celui qui fait une donation ou un legs au profit d'un enfant mineur peut interdire au père ou à la mère du donataire l'administration des

biens donnés. C'est dans ces termes que Proudhon pose la question. Il commence par rapporter un arrêt de la cour de Besançon qui l'a décidée négativement, d'après les principes que nous venons de poser. Le père a l'administration des biens de ses enfants; c'est une charge attachée à la puissance paternelle. Comment un testateur pourrait-il défendre au père de remplir un devoir? Il faudrait pour cela une disposition formelle de la loi. Le code permet-il de déroger à l'administration légale? Il y a, au contraire, une disposition qui implique que cette dérogation est prohibée. Les père et mère ont l'usufruit légal des biens de leurs enfants; toutefois l'article 387 permet de donner ou de léguer des biens aux enfants sous la condition que les père et mère n'en jouiront pas. Pourquoi le législateur a-t-il cru nécessaire d'autoriser formellement cette clause? Parce que l'usufruit légal étant un avantage attaché à l'exercice de la puissance paternelle, on aurait pu dire qu'elle est d'ordre public, et que par suite il est défendu d'y déroger. N'en doit-on pas dire autant, et à plus forte raison, de l'administration légale? En effet, cette administration est un devoir; or, une obligation imposée au père, en sa qualité de père, n'est-elle pas essentiellement un attribut, une dépendance de la paternité, donc d'ordre public? Cela est décisif. La loi ne permettant pas de déroger à l'administration légale, toute dérogation est frappée de nullité (1).

Proudhon répond en rétorquant l'article 387 contre la doctrine consacrée par la cour de Besançon. Il est permis, dit-il, de prohiber l'usufruit au père; or, cette prohibition ne serait qu'un avantage illusoire pour l'enfant, si l'administration devait nécessairement être laissée au père, lors même que celui-ci serait un dissipateur ou un homme insolvable. Donc la permission de prohiber l'usufruit emporte virtuellement celle de prohiber aussi l'administration, toutes les fois que cette mesure doit être favorable aux intérêts du mineur (2). Nous nous étonnons que Proudhon, si bon

(1) Besançon, 15 novembre 1807 (Dalloz, au mot *Dispositions entre vifs*, n° 122). Cette opinion est suivie par Merlin, Toullier, Demante et Marcadé. Voyez la doctrine et la jurisprudence dans Dalloz.
(2) Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 307, n° 246.

logicien, ait confondu deux droits essentiellement différents, l'usufruit et l'administration. L'usufruit est un avantage que la loi aurait pu ne pas accorder aux père et mère, et que, de l'avis de très-bons esprits, elle n'aurait pas dû leur accorder; donc c'est un droit qui ne tient pas à l'essence de l'autorité paternelle. C'est la raison pour laquelle le code permet d'y déroger. Tandis que l'administration des biens est une nécessité. Qui donc administrerait les biens avec le soin, avec l'affection que le père y met? L'administration légale est un devoir. Et déroge-t-on à un devoir? Le législateur, sans doute, aurait pu le faire. Nous disons plus : il aurait dû permettre d'enlever l'administration au père, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant l'exige. Car l'intérêt de l'enfant devrait tout dominer. Mais le législateur ne l'a pas fait. Et ce qu'il a négligé de faire, le juge le peut-il? Ici est le vrai nœud de la difficulté.

299. Proudhon dit que c'est une question de fait. La dérogation à une loi d'ordre public, une question de fait! Cela est une vraie hérésie juridique. Dans l'opinion que nous combattons, cette hérésie est une nécessité. La loi ne permettant pas de déroger à la puissance paternelle, l'interprète qui trouve bon d'admettre ces dérogations est obligé de faire la loi. Proudhon la fait, en se plaçant sur le terrain de la morale. Si, dit-il, la clause qui prohibe au père l'administration des biens donnés au fils est inspirée par la colère, le ressentiment, la haine ou le mépris pour le père, au lieu d'être une précaution salutaire aux intérêts de l'enfant, elle doit être déclarée nulle, parce que la morale réprouve la vengeance, et que la justice ne peut sanctionner l'œuvre de la passion. La clause est valable, au contraire, quand le testateur l'a ajoutée à sa libéralité, dans l'intérêt de l'enfant, si le père est dissipateur, incapable ou insolvable (1).

Nous ne demanderons pas sur quels principes ces distinctions se fondent, puisqu'on invoque, non le droit, mais la morale. Depuis quand la morale décide-t-elle les questions de droit? M. Demolombe a cherché à donner une

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, nos 242, 243 (t. Ier, p. 300 et suiv.).

couleur légale à une doctrine qui n'est pas une doctrine juridique. « Je comprends, dit-il, qu'on ne valide pas les clauses qui auraient pour but et pour résultat d'humilier la puissance paternelle, de soumettre le père lui-même à une sorte d'incapacité et de tutelle. » Ainsi, au lieu de puiser les motifs de décider dans les principes, le juge les cherchera dans l'intention du testateur! C'est l'arbitraire en plein, et l'incertitude qui en est la suite. Un testateur déclare qu'il ne veut pas que le père du légataire mineur ait l'administration des biens légués; il entend qu'il soit nommé un curateur spécial. Cette clause est-elle valable? La cour de Caen l'a annulée; Demolombe approuve, Proudhon critique la décision (1). Voilà où l'on aboutit quand on abandonne les principes de droit pour la morale!

300. La jurisprudence se prononce pour l'opinion contraire à la nôtre; mais nous n'y trouvons aucune trace des distinctions admises par la doctrine. Elle décide d'une manière absolue que la clause qui prive le père de l'administration des biens légués est valable. S'il nous fallait choisir, nous préférerions l'opinion consacrée par la jurisprudence. Dès que l'on reconnaît au testateur le droit d'ajouter cette condition à son legs, il faut maintenir la clause dans tous les cas, sans entrer dans l'examen des intentions de celui qui l'a écrite : s'il use d'un droit, personne n'a à lui demander compte de l'usage qu'il en fait. La cour de Paris a jugé que cette clause ne portait pas atteinte aux droits essentiels de la puissance paternelle (2). Cette distinction entre les droits essentiels et les droits non essentiels est fondée en théorie; le législateur aurait pu, il aurait même dû la faire; mais ne l'ayant pas faite, le juge peut-il distinguer là où la loi ne distingue pas? On déclare la clause valable dans l'intérêt de l'enfant; mais si l'enfant est intéressé à ce qu'un père dissipateur ne gère pas ses biens, n'a-t-il pas un intérêt bien plus grand à ce que ce père indigne soit privé du droit d'éducation? Logiquement il faudrait aller jusque-là, et certes si le législateur faisait une loi nouvelle, il devrait

(1) Demolombe, t. VI, p. 346 et suiv., n° 458. C'est l'opinion généralement suivie par les auteurs modernes.

(2) Paris, 5 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 5, 103, n° 6).

se préoccuper de l'éducation intellectuelle et morale de l'enfant bien plus que de l'administration de sa fortune. Cela ne prouve-t-il pas que toute cette matière appartient au pouvoir législatif?

La cour de cassation s'est prononcée dans le même sens. Elle s'est appuyée, comme Proudhon, sur l'article 387 (1). Nous avons d'avance répondu à l'argument. On pourrait l'admettre s'il ne s'agissait pas d'un droit, pour mieux dire d'un devoir qui est d'ordre public. Puis, si l'on suppose que le testateur, tout en laissant la jouissance au père, confie l'administration à un tiers, que décidera-t-on? On ne pourrait plus, dans cette hypothèse, invoquer l'article 387. Dès lors cette disposition ne peut pas légitimer la clause, considérée en elle-même.

La cour de Besançon s'est ralliée à cette jurisprudence, en abandonnant la doctrine qu'elle avait d'abord consacrée. Elle se fonde, comme la cour de Paris, sur la nature des intérêts qui sont en jeu. L'administration de la personne de l'enfant, dit la cour, ne peut être l'objet d'aucune disposition ni d'aucun pacte de nature à en modifier ou à en restreindre l'exercice. Il en est autrement de l'administration des biens, qui ne touche qu'à des intérêts pécuniaires (2). Le législateur pourrait adopter cette distinction, en prescrivant des garanties différentes pour la personne et pour les biens du mineur. Mais il ne poserait certes pas comme principe absolu que les intérêts pécuniaires ne sont jamais d'ordre public. Le code civil dit le contraire ; l'article 1388 ne permet pas aux futurs époux de déroger aux droits qui appartiennent au mari, comme chef, sur les biens; ils ne pourraient pas stipuler que la femme aurait l'administration de la communauté; ils ne pourraient pas davantage convenir qu'un tiers administrerait les biens des enfants. Il y aurait donc bien des distinctions à faire. N'est-ce pas une preuve que le législateur seul est compétent pour régler cette matière? En définitive, les tribunaux font ce que le législateur a négligé de faire.

(1) Arrêt de la cour de cassation du 26 mai 1856 (Dalloz, 1856, 1, 320).
(2) Besançon, 4 juillet 1864 (Dalloz, 1864. 2. 165). Voyez la note où se

§ II. *Des pouvoirs du père administrateur.*

N° 1. L'ADMINISTRATION LÉGALE EST-ELLE RÉGIE PAR LES LOIS DE LA TUTELLE?

301. « Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs (art. 389). » Après la dissolution du mariage par la mort de l'un des père et mère, la tutelle s'ouvre, et le tuteur, de même que le père, administre les biens du mineur (art. 450). L'administration légale et la tutelle ont donc le même objet ; ce sont des pouvoirs de même nature. En faut-il conclure que l'administration légale est régie par les lois de la tutelle? La question se présente d'abord quant à la personne de l'administrateur légal et du tuteur. On demande si les dispositions des sections VI et VII du titre de la *Tutelle*, concernant les causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution, sont applicables à l'administration légale du père? C'est à peine si la question peut être posée sérieusement. Sauf le dissentiment de M. Valette, tout le monde est d'accord pour enseigner que le père administrateur n'étant pas tuteur, il ne peut être question de lui appliquer les lois sur la tutelle (1). Il y a des causes qui dispensent de la tutelle : ce sont des causes légales d'excuse ; or, peut-il être question d'excuses légales pour le père, alors qu'il n'y a pas de loi? Il y a des causes d'incapacité : n'est-il pas de principe élémentaire que les incapacités sont de stricte interprétation, que l'interprète ne peut jamais les étendre, par l'excellente raison que le législateur seul a le droit d'établir des incapacités? A plus forte raison en est-il ainsi des causes d'exclusion et de destitution, lesquelles sont infamantes. Nous disons que tout le monde est d'accord. Cela est vrai quant au principe. Il n'en est pas de

trouvent cités tous les arrêts et tous les auteurs qui ont traité cette difficile question. Il faut ajouter un arrêt de Liége du 29 décembre 1858, conforme à la jurisprudence française (*Pasicrisie*, 1861, 2, 32).

(1) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. Ier, p. 283. En sens contraire, Demolombe, t. VI, p. 325, n° 430.

même de l'application. On admet que l'article 444 est applicable au père administrateur, qu'il peut être destitué de l'administration légale pour les mêmes causes qui permettent de destituer le tuteur. Nous reviendrons sur ce point (n° 321). Ajoutons que M. Demolombe accorde un pouvoir discrétionnaire au juge pour l'administration des biens comme pour l'administration de la personne; d'après lui, les tribunaux pourraient dispenser le père de l'administration légale, s'il était atteint d'une maladie grave et dûment justifiée. Cela nous paraît tout à fait inadmissible. Quoi! la loi impose au père un devoir; ce devoir, on le reconnaît, est une conséquence naturelle de l'autorité du père sur la personne de ses enfants; c'est donc un attribut de la puissance paternelle. Et le juge aurait le droit de décharger le père d'un devoir, sans texte aucun! Les tribunaux déferaient donc ce qu'a fait le législateur! Ils pourraient, à aussi bon droit, dispenser le père de son devoir d'éducation! Il n'y a plus de limite à l'inconséquence dès que l'on s'écarte de la rigueur des principes.

302. Que faut-il décider quant à l'administration des biens? Ici l'analogie entre le père et le tuteur est évidente; l'un et l'autre administrent les biens du mineur. Est-ce à dire que l'on doive appliquer à l'administration légale les règles que la loi établit sur la gestion des biens confiée au tuteur? C'est l'opinion assez généralement suivie. Au premier abord, on serait tenté de croire que telle est la volonté du législateur. En effet, il ne traite pas de l'administration légale au titre de la *Puissance paternelle*: l'article 389 est le premier du chapitre de la *Tutelle;* n'est-ce pas marquer bien clairement l'intention d'assimiler l'administration du père à celle du tuteur? On l'a dit; mais les travaux préparatoires prouvent, de la manière la plus positive, une volonté toute contraire.

La disposition de l'article 389 n'existait pas dans le projet de code civil; elle a été proposée par le Tribunat; les auteurs mêmes de la loi vont nous dire dans quel sens il faut l'interpréter. On lit dans les observations de la section de législation du Tribunat : « Jamais, jusqu'à ce jour, le père ne fut qualifié de tuteur de ses enfants avant la

dissolution du mariage. Si, pendant que le mariage existe, la loi n'admettait aucune différence entre le père et le tuteur proprement dit, il faudrait que le père fût, par rapport aux biens personnels de ses enfants, assujetti à toutes les conditions et charges que la loi impose au tuteur. Il faudrait que le père fût sous la surveillance d'un subrogé tuteur, sous la dépendance d'un conseil de famille, etc., ce qui répugne à tous les principes constamment reçus. Il paraît évident que, jusqu'à la dissolution du mariage, le véritable titre du père, et le seul qu'il puisse avoir, est celui d'administrateur (1). »

On voit que, dans la pensée des auteurs de la loi, le titre différent que porte le père implique un pouvoir différent de celui du tuteur. Nous verrons à l'instant en quoi consiste la différence; pour le moment, nous nous bornons à constater comme un point certain que la volonté du législateur a été de repousser toute assimilation entre le père administrateur et le tuteur. Le conseil d'Etat, ayant admis l'article 389, a naturellement sanctionné l'opinion émise par le Tribunat. C'est, en effet, ainsi que l'orateur du gouvernement explique la loi. « Tout mineur, dit Berlier, n'est pas nécessairement en tutelle. Celui dont les père et mère sont vivants trouve en eux des protecteurs naturels, et s'il a quelques biens personnels, l'administration en appartient à son père. La tutelle commence au décès du père ou de la mère; car alors, en perdant un de ses protecteurs naturels, le mineur réclame déjà une protection plus spéciale de la loi (2). » La disposition proposée par le Tribunat n'était pas une innovation; elle ne faisait que consacrer un principe traditionnel. Dans nos anciennes coutumes, on ne séparait jamais l'administration de la personne et l'administration des biens, preuve certaine que l'une et l'autre appartenaient au père en vertu de la puissance paternelle et non comme tuteur : La coutume de Nivernais porte (art. 6, chap. XXX) : « Les pères et mères sont légitimes

(1) Observations du Tribunat, n° 2 (Locré, t. III, p. 404).
(2) Berlier, Exposé des motifs du titre de la *Tutelle*, n° 3 (Locré, t. III, p. 412).

administrateurs des *corps et biens* de leurs enfants pupilles (1). »

La différence entre la tutelle et l'administration légale a été consacrée par la cour de cassation. Aux termes de l'article 444 du code de procédure, le délai de l'appel ne court contre le mineur non émancipé que du jour où le jugement a été signifié tant au tuteur qu'au subrogé tuteur. La cour de Toulouse décida que cette disposition, conçue en termes généraux, avait pour objet de protéger tout mineur, celui qui est sous puissance du père aussi bien que celui qui est sous tutelle. Dans l'espèce, le père lui-même avait fait nommer un subrogé tuteur. Néanmoins l'arrêt fut cassé par le motif péremptoire « que l'administration légale est *essentiellement distincte de la tutelle;* que la tutelle ne s'ouvre qu'à la dissolution du mariage; que jusque-là les enfants mineurs sont placés *uniquement* sous la puissance de leur père, administrateur légal (2). »

303. Ce principe ne suffit pas pour résoudre les grandes difficultés qui se rencontrent dans l'administration légale. C'est un principe négatif, il ne nous permet pas d'appliquer au père administrateur les règles que le code civil établit sur la gestion du tuteur. Il faut donc écarter sans hésiter l'opinion d'après laquelle on devrait étendre à la puissance paternelle tout ce que la loi dit de la tutelle (3). Si ce système est inadmissible, lequel faut-il mettre à sa place? Nous croyons qu'il faut s'en tenir au texte du code. Il dit que le père est *administrateur* des biens de ses enfants. Le père administre le patrimoine d'autrui; il a donc les droits et les obligations de tout administrateur. Celui qui administre des biens appartenant à un tiers ne peut faire que des actes d'administration, il ne peut pas faire d'actes de disposition. Ce principe est fondé sur la nature même des choses. Le propriétaire seul a le droit de disposer de ses biens, parce que le droit de disposition est un des

(1) Voyez, sur l'ancien droit, Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitime administration* (t. XVII, p. 312 et suiv.).
(2) Arrêt de cassation du 4 juillet 1842 (Dalloz, au mot *Appel*, n° 980).
(3) C'est le système de Persil, *du Régime hypothécaire*, t. Ier, art. 2121, n° 36.

attributs de la propriété. L'administrateur n'étant pas propriétaire, ne peut pas disposer des biens qu'il administre. C'est ce que le code lui-même indique dans le second alinéa de l'article 389 : « Le père est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance; et, quant à la propriété seulement, des biens dont la loi lui donne l'usufruit. » S'il est toujours comptable de la propriété, c'est qu'il n'est qu'administrateur, et que, comme tel, il ne peut pas disposer, qu'il doit, au contraire, conserver les biens pour les rendre, quand sa gestion finit, à l'enfant qui en est propriétaire. L'article 389 confirme encore en un autre point notre principe. Tout administrateur doit rendre compte de sa gestion, parce que l'administration impose l'obligation de gérer avec les soins d'un bon père de famille, et par conséquent de rendre compte de sa gestion. On aurait pu croire que le père, quoique administrateur, ne doit pas être tenu de rendre un compte à son enfant; la loi lève ce doute en décidant que le père est comptable. Donc le texte pose le principe que nous cherchons : le père peut faire les actes d'administration, il ne peut pas faire des actes de disposition (1).

304. Ce principe est encore trop vague. Il faut que nous sachions ce que c'est qu'un acte d'administration. Le tuteur aussi est administrateur. Ici revient la question de l'assimilation entre la tutelle et l'administration légale. Après avoir dit que le tuteur administre les biens du mineur en bon père de famille, le code distingue les divers actes que le tuteur est dans le cas de passer : il y en a pour lesquels il exige l'autorisation du conseil de famille, parfois avec l'intervention du subrogé tuteur : il y en a pour lesquels, outre cette autorisation, il prescrit l'homologation du tribunal, en y ajoutant des conditions particulières, selon l'importance des actes. Faut-il appliquer ces dispositions au père administrateur? Non, car elles supposent l'intervention d'un subrogé tuteur et d'un conseil de famille, appelés à contrôler la gestion du tuteur. Or, le Tribunat,

(1) C'est à peu près le système de Valette, *Explication sommaire du livre Ier*, p. 220 et suiv., et de Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, t. Ier, p. 406, note 12.

en proposant l'article 389, a repoussé formellement ce contrôle. Sur ce point donc, il ne peut pas y avoir de doute (1).

Reste à voir si le père peut faire seul les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. La question revient à savoir si ces actes dépassent les bornes du pouvoir d'un administrateur ordinaire. Nous croyons qu'il faut laisser de côté les distinctions que le code fait au titre de la *Tutelle,* pour s'en tenir au principe que nous venons de poser. En d'autres termes, la loi ne suit pas rigoureusement la distinction des actes en actes d'administration et en actes de disposition; elle se décide par des considérations particulières à la tutelle. Nous en trouvons la preuve dans nos textes. Accepter une donation, n'est certes pas un acte de disposition, c'est un simple acte d'administration; à ce titre, le tuteur devrait avoir le droit d'accepter les donations faites à son pupille; néanmoins, pour des motifs de moralité, l'article 463 exige l'autorisation du conseil de famille. On ne peut donc pas poser comme principe que tout acte pour lequel le code prescrit l'autorisation du conseil de famille est un acte qui dépasse le pouvoir de l'administrateur. Cela est si vrai que la loi donne aux père et mère et aux autres ascendants, quand même ils ne seraient pas tuteurs, le droit d'accepter les donations faites au mineur (art. 935). D'un autre côté, la loi suit des principes différents dans les diverses administrations. Ainsi, tout en assimilant le mineur émancipé au tuteur (art. 484), elle ne leur donne pas des pouvoirs identiques. Le mineur émancipé ne peut recevoir ni donner décharge d'un capital mobilier sans l'assistance de son curateur (art. 482), tandis que le tuteur peut recevoir les capitaux dus à son pupille, sans formalité aucune. Notre loi hypothécaire a imposé à cet égard de nouvelles restrictions au pouvoir du tuteur (art. 55-57 de la loi du 16 décembre 1851). Ces restrictions sont évidemment étrangères à l'administration du père; si le législateur belge les

(1) Jugé en sens contraire par la cour de Liège; elle applique par analogie au père administrateur ce que la loi dit du tuteur (arrêt du 8 décembre 1836 dans la *Pasicrisie*, 1836, 2, 260).

a établies pour la tutelle, c'est que l'hypothèque légale du mineur peut ne pas assurer suffisamment ses intérêts; or, le père administrateur n'est pas assujetti à l'hypothèque légale.

On voit que l'argumentation par analogie serait très-chanceuse en cette matière, parce que pour les diverses administrations il y a des motifs différents de décider. Nous arrivons à la conclusion que c'est la nature même des actes qui doit être considérée pour déterminer si ce sont des actes d'administration. Tout acte concernant les biens est ou un acte d'administration, ou un acte de disposition. Les actes de disposition sont ceux qui entraînent une aliénation totale ou partielle d'un bien quelconque. Tout acte qui n'entraîne pas une aliénation est, par cela même, un acte d'administration.

305. Qu'est-ce qu'un acte de disposition? Une première difficulté se présente. L'aliénation des meubles est-elle un acte de disposition ou un acte d'administration? Nous avons examiné la question au titre de l'*Absence* (1). Quant aux immeubles, il n'y a aucun doute, lorsque l'aliénation est directe; il est également certain que les concessions de droits réels sont des aliénations, que par suite l'administrateur ne peut établir ni servitude ni hypothèque. La question est plus difficile quand il s'agit d'actes qui peuvent entraîner indirectement la disposition d'un immeuble. Telles sont les actions immobilières. En principe, le code ne donne pas ces actions à l'administrateur, parce qu'il pourrait compromettre les droits immobiliers qu'il a mission de conserver. Faut-il appliquer ce principe au père administrateur? La question est controversée; nous y reviendrons.

Les actes de disposition soulèvent encore une autre difficulté. En sa qualité d'administrateur, le père ne peut pas les faire. Mais si l'intérêt du mineur exige qu'un de ses biens soit aliéné, hypothéqué, le père aura-t-il le droit de faire cet acte de disposition? et quelles formalités devra-t-il remplir pour que les actes soient valables? Nous examinerons cette question plus loin.

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 235, n° 279.

306. Le père administrateur peut aussi être usufruitier, il l'est en règle générale. Sa qualité d'usufruitier ne vient-elle pas modifier les droits et les obligations qu'il a comme administrateur? L'affirmative est évidente; le code lui-même le dit en ce qui concerne les comptes (art. 389). Il y a une différence radicale entre l'administrateur et l'usufruitier. L'administrateur a une charge; il a des obligations plutôt que des droits; si la loi lui reconnaît certains droits, c'est qu'ils lui sont nécessaires pour qu'il puisse remplir le devoir qui lui incombe. Tandis que l'usufruitier a un droit réel sur les biens dont il a la jouissance. Ce droit réel lui donne un pouvoir que n'a pas l'administrateur. L'usufruitier peut intenter les actions réelles immobilières, quand il y a intérêt, à raison de sa jouissance. Ce droit appartient donc au père usufruitier; le père simple administrateur ne l'a pas. L'usufruitier peut-il aliéner? En principe, il peut céder son droit d'usufruit; à notre avis, le père usufruitier a aussi ce droit. Pour le père administrateur il ne peut pas être question de céder l'administration légale; on n'aliène pas une charge. L'usufruitier peut même disposer des choses consomptibles dont il a la jouissance. Dans notre opinion, l'administrateur n'a jamais le droit d'aliéner. Le père usufruitier peut donc faire des actes qui ne lui sont pas permis en sa qualité d'administrateur. Il faut par conséquent distinguer en quelle qualité il agit. Quand l'enfant a dix-huit ans, il n'y a plus de doute; la jouissance légale cesse, le père n'est plus qu'un simple administrateur. Jusqu'à ce moment, le père est régulièrement usufruitier et administrateur. On applique en ce cas les principes que nous venons de poser : le père aura plus qu'un pouvoir d'administration; il aura tous les droits d'un usufruitier. Par exception, le père peut ne pas avoir la jouissance des biens de ses enfants; il est alors simple administrateur, et il ne peut faire que les actes d'administration.

N° 2. DES GARANTIES DU MINEUR

307. Le père administrateur doit-il faire inventaire des biens qui adviennent à ses enfants pendant le mariage? S'il en a l'usufruit, il n'y a aucun doute (art. 600 et 601). S'il n'est pas usufruitier, le doit-il comme simple administrateur? D'après les principes que nous venons de poser, il faut répondre négativement. Le père ne doit pas faire inventaire, parce que la loi ne lui impose pas cette obligation, et peut-il être question d'une obligation légale sans loi? M. Demolombe dit que sans doute le père doit faire inventaire; il cite les articles 1414, 1415 et 1442, qui obligent le mari à faire inventaire (1). On pourrait citer encore les articles 126 et 451, aux termes desquels les envoyés en possession des biens d'un absent et le tuteur sont tenus de faire inventaire. On pourrait citer même l'article 389, qui déclare le père comptable. La base de tout compte n'est-elle pas l'inventaire? qu'est-ce qu'un compte qui n'est pas appuyé sur un inventaire fidèle et exact? Si l'on pouvait imposer des obligations par voie d'analogie, il faudrait décider sans hésiter que le père administrateur doit faire inventaire. Mais c'est précisément parce qu'il s'agit du père, administrateur privilégié, que l'argumentation par analogie doit être écartée. Le silence de la loi suffit donc pour décider la question (2). Nous ajoutons que c'est une lacune regrettable. Il fallait ou ne pas obliger le père à rendre compte, ou veiller à ce que le compte qu'il rend soit sérieux.

Si le père ne fait pas inventaire et s'il s'élève des contestations sur la consistance et la valeur des biens advenus à l'enfant, celui-ci sera-t-il admis à en faire preuve par la commune renommée? Les auteurs l'enseignent. On ne comprendrait pas, dit M. Demolombe, que la loi qui admet cette preuve dans les cas prévus par les articles 1465, 1504 et 1442, ne l'eût pas admise également dans le nôtre (3).

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VI, p. 329, n° 433.
(2) C'est l'opinion d'Aubry (*Revue de droit français*, 1844, p. 670).
(3) Demolombe, t. VI, p. 329, n° 435. Aubry est du même avis.

Cela se comprend, au contraire, fort bien. Quand la loi prescrit au mari et à l'époux survivant de faire inventaire, et qu'ils n'obéissent pas à la loi, il y a négligence coupable, peut-être dol; le législateur punit le père ou le conjoint, en admettant contre lui la plus incertaine et la plus dangereuse de toutes les preuves. Est-ce que la loi ordonne au père de faire inventaire? Non. Dès lors il n'y avait pas lieu de lui infliger une peine.

308. Le père administrateur doit-il caution pour la sûreté de son administration? Nous ne posons la question que pour faire remarquer la règle différente que la loi suit pour les divers administrateurs. Les envoyés en possession des biens d'un absent doivent donner caution (art. 120); la loi n'impose pas cette obligation au tuteur ni au mari. Quant au père administrateur légal, il n'y a pas de doute. Le code exempte même le père usufruitier de l'obligation de fournir caution, bien que les usufruitiers en général y soient tenus (art. 601); à plus forte raison ne pouvait-il pas exiger de caution du père simple administrateur. Il suffit d'ailleurs que la loi n'impose pas cette obligation au père pour qu'il en soit exempt. On voit, par les dispositions que nous venons de citer, que les administrateurs ne sont tenus de fournir caution que par exception. Il faut donc un texte pour que cette obligation existe. Partant, le silence du code décide la question (1).

309. Le père administrateur est-il soumis à l'hypothèque légale que le code accorde au mineur sur les biens de son tuteur? Cette question était jadis controversée, bien qu'il n'y eût guère lieu à controverse. Une hypothèque légale peut-elle exister sans loi? Le bon sens comme les principes de droit disent que l'hypothèque légale est de stricte interprétation; le code civil la donne au mineur sur les biens de son tuteur; il ne la lui donne pas sur les biens de son père administrateur (art. 2121) : cela décide la question. Si nous la posons, c'est pour marquer la différence que la loi fait à chaque pas entre l'administration légale et la tutelle. Un arrêt de Riom expose très-bien les rai-

(1) Toulouse, 26 août 1818 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 121).

sons pour lesquelles le législateur n'a pas cru devoir accorder une hypothèque légale à l'enfant pendant le mariage. « L'enfant a pour protecteurs non-seulement le père, dans sa vigilance, ses soins et son expérience, mais encore la mère, dans sa tendresse attentive et prévoyante. Tandis que, après la dissolution du mariage par la mort de la mère, l'enfant perd un protecteur et une partie de ses garanties pour la conservation de ses droits. Cette différence de position pour les enfants a dû déterminer une différence dans la précaution que le législateur prend pour sauvegarder leurs intérêts pécuniaires (1). » En Belgique, la loi hypothécaire a tranché implicitement la question en ce sens, comme nous le dirons au titre des *Hypothèques*.

Ce que le législateur n'a pas fait, les parties intéressées peuvent-elles le faire? Il y a un cas qui ne présente aucun doute. Un legs est fait au mineur. Le débiteur peut-il exiger que le père administrateur consente une hypothèque sur ses biens pour la garantie du légataire ou de l'héritier? Il est évident que non. Le débiteur du legs n'a pas besoin de garanties, il paye valablement entre les mains du père administrateur. Quant à l'enfant, il n'a pas droit à une garantie hypothécaire. La cour de Toulouse l'a décidé ainsi dans une espèce où le père avait consenti à ce qu'une inscription fût prise sur ses biens; elle ordonna la radiation de l'inscription. Il ne peut pas y avoir d'inscription sans hypothèque; or, l'enfant n'a pas d'hypothèque légale; l'inscription avait donc été prise sans cause (2). Il y a plus, nous croyons que le père ne pourrait pas même se soumettre à l'hypothèque, parce que ce serait déroger à la puissance paternelle. C'est par des motifs d'ordre public que le législateur a exempté le père de l'hypothèque légale; dès lors les conventions particulières qui établiraient une hypothèque sont frappées de nullité.

La question est plus douteuse quand le testateur lui-même, en faisant un legs au mineur, exige que le père administrateur donne une garantie hypothécaire. Il a été

(1) Riom, 30 août 1852 (Dalloz, 1854, 2, 227).
(2) Toulouse, 25 février 1845 (Dalloz, 1845, 4, 438).

jugé par la cour de cassation que cette clause ne violait aucune loi (1). Si l'on admet que le testateur peut priver le père de l'administration, alors il est évident qu'à plus forte raison il peut lui imposer des garanties. Dans notre opinion, la question doit être décidée dans un sens différent. Si l'administration légale est d'ordre public, et si c'est par des motifs d'ordre public que la loi ne frappe pas les biens du père d'une hypothèque légale, il faut conclure que le testateur ne peut établir une garantie hypothécaire. Il y a une raison péremptoire en faveur de cette décision. D'où l'enfant tient-il les biens que son père administre pendant le mariage? Ce sont des dons et des legs. Si le donateur et le testateur pouvaient forcer le père à donner hypothèque, que deviendrait la disposition de la loi qui l'affranchit de l'hypothèque légale? Le législateur trouve une garantie suffisante pour l'enfant dans l'affection de ses père et mère. Et le donateur ou le testateur dirait : Cette affection ne m'inspire aucune confiance, je veux une sûreté réelle. Cela est inadmissible dans le système du code. Nous n'entendons pas justifier la loi, nous l'interprétons.

310. On demande s'il y a lieu de nommer un subrogé tuteur? On ne devrait pas le demander. Peut-il être question d'une subrogée tutelle là où il n'y a pas de tutelle? Le Tribunat, qui a proposé l'article 389, n'a-t-il pas dit en toutes lettres qu'il n'y aurait pas de subrogé tuteur? Il se peut cependant qu'il y ait un conflit d'intérêts entre le père et l'enfant. Dans ce cas, il faut que celui-ci ait un représentant pour le défendre. Les auteurs s'accordent à dire qu'il lui sera nommé un tuteur *ad hoc*. Nous en trouvons un exemple dans le code civil. Quand le mari intente une action en désaveu contre l'enfant, l'article 318 veut qu'il soit donné un tuteur *ad hoc* à l'enfant. Dans l'opinion commune, ce tuteur est nommé par le conseil de famille. A notre avis, c'est le tribunal qui doit le nommer (2).

(1) Arrêt du 30 avril 1833 (Dalloz, au mot *Dispositions entre-vifs*, n° 189).
(2) Demolombe, t. VI, p. 317 et suiv., nos 421, 422. Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 569, n° 453.

N° 3. DES ACTES D'ADMINISTRATION.

311. Il va sans dire que le père peut faire tous les actes d'administration que le tuteur peut faire seul. Dans la théorie du code, les baux sont des actes d'administration quand ils ne dépassent pas la durée ordinaire de neuf ans (art. 1429, 1430, 1718). Lorsqu'ils dépassent neuf ans, ils sont considérés comme des actes de disposition. De là suit que le père administrateur est soumis, en cette matière, aux restrictions qui sont imposées au tuteur, non par motif d'analogie, mais par application d'un principe général.

L'article 452 oblige le tuteur de vendre les meubles du mineur, à l'exception de ceux que le conseil de famille l'autorise à conserver en nature. On s'accorde à dire que cette disposition n'est pas applicable au père. Cela est évident, d'après le principe que nous avons posé, en nous appuyant sur l'autorité du Tribunat (n° 302). En faut-il conclure que le père a plein pouvoir de vendre comme il le veut? Les auteurs l'enseignent. Mais nous cherchons vainement le principe juridique qui permet au père simple administrateur d'aliéner. Serait-ce parce que la vente des meubles est un acte d'administration? M. Demolombe répond qu'il ne voudrait pas admettre cette proposition avec une telle généralité. Nous l'avons combattue formellement, en nous appuyant sur les textes du code. Notre question revient. Aliéner est un acte de disposition. Or, le père n'est que simple administrateur. De quel droit aliénerait-il? « La loi, dit-on, *paraît* s'en remettre à la sagesse et à l'affection du père, du soin de faire la vente selon ce qu'il croira le mieux, et, par conséquent, d'éviter les frais de justice, s'il le croit utile pour ses enfants (1). » Ce n'est pas là le langage du jurisconsulte : il ne décide pas les questions en se fondant sur ce que la loi *paraît* dire, mais sur ce qu'elle dit; et quand elle ne dit pas que l'administra-

(1) Demolombe, t. VI, p. 330, n° 437, et le tome II de mes *Principes*, p. 235, n° 279.

teur peut aliéner, elle lui dénie ce droit, puisqu'il est contraire à tout principe que le non-propriétaire puisse faire acte de propriété. Où est d'ailleurs la loi qui *paraît* donner ce pouvoir discrétionnaire au père? Nous n'avons qu'un seul article sur l'administration légale; et tout ce que dit l'article 389, c'est que le père est *administrateur*. Cela veut-il dire qu'il a un pouvoir illimité de disposer du mobilier?

312. Il y a des actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Le père administrateur peut-il les faire seul? Cette question est controversée. Nous écartons d'abord l'opinion qui assimile l'administration légale à la tutelle (1). Il n'y a pas de conseil de famille qui contrôle le père administrateur, pas plus qu'il n'y a un subrogé tuteur. On ne peut pas dire non plus qu'il faut procéder par voie d'analogie; car les dispositions de la loi concernant la tutelle sont spéciales à la tutelle; nous en avons déjà fait la remarque (n° 302). Faut-il conclure de là, avec d'autres auteurs, que le père peut faire seul tous les actes pour lesquels le tuteur doit demander l'autorisation du conseil de famille (2)? Cela nous paraît trop absolu. Il faut considérer la nature des divers actes; si ce ne sont pas des actes de disposition, le père peut les faire seul. C'est l'application de notre principe (n°s 302-305); mais si l'acte implique une aliénation, le père ne le peut pas faire, parce qu'il n'a qu'un pouvoir d'administration.

Il n'y a pas de doute pour l'acceptation des donations (art. 463); le code lui-même autorise le père à accepter les donations faites à l'enfant (art. 935). Le père peut aussi accepter les successions échues au mineur; il n'aliène pas, il acquiert, et l'acceptation devant se faire sous bénéfice d'inventaire, il n'en résulte aucun danger pour l'enfant (art. 461 et 776). En est-il de même de la répudiation? Non, car renoncer c'est aliéner, puisque le droit à l'hérédité est acquis à l'enfant, de plein droit, dès la mort du défunt. Vainement dirait-on que la loi met une différence

(1) C'est l'opinion de Demolombe, t. VI, p. 334, n° 446.
(2) Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, t. Ier, p. 406, note 12. Marcadé, t. II, p. 155, n° 4.

entre la renonciation et l'aliénation, puisque le tuteur peut renoncer avec l'autorisation du conseil de famille, tandis que pour aliéner il lui faut l'homologation du tribunal. Nous répondons que ces distinctions, spéciales à la tutelle, ne peuvent être étendues par voie d'analogie. Il faut donc appliquer à la renonciation le principe que nous allons poser sur les actes de disposition.

Le père peut répondre à une demande en partage dirigée contre l'enfant, puisque le tuteur lui-même le peut (art. 465). Il peut provoquer un partage sans l'autorisation du conseil de famille, car partager n'est pas aliéner; c'est donc un acte d'administration, au point de vue des principes qui régissent l'administration légale (1).

Restent les actions immobilières et l'acquiescement. La question étant douteuse, nous la traiterons à part.

N° 4. DES ACTES DE DISPOSITION.

313. Le tuteur ne peut aliéner directement ni indirectement les biens du mineur qu'avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal, et l'autorisation ne doit être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident (art. 457). On demande si le père administrateur est assujetti aux mêmes formalités. Comme nous écartons l'assimilation entre la tutelle et l'administration légale, et même l'argumentation par analogie, il faut décider que le père ne doit pas être autorisé par le conseil de famille; il n'y a pas de conseil pour le père administrateur. Dès lors il ne peut pas être question d'homologation proprement dite. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de M. Demolombe. On peut citer à l'appui, outre les considérations que nous avons fait valoir, ce qui s'est passé lors de la discussion. L'article 389, d'après le

(1) Bruxelles, 9 mars 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 128). La cour de cassation de France a décidé que le père administrateur n'est pas soumis, en principe, à l'intervention et au contrôle d'un conseil de famille. Cela résulte à l'évidence, dit l'arrêt, des circonstances et des déclarations qui ont accompagné l'introduction dans le code de l'article 389 (arrêt du 3 juin 1867, Dalloz, 1868, 1, 27).

projet, se terminait ainsi : « Tout ce qui intéresse la propriété des biens sera réglé par la section VIII, » c'est-à-dire par les dispositions qui imposent au tuteur l'obligation de demander l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Cette partie finale de l'article 389 a été supprimée. C'est la confirmation de la théorie du code civil en cette matière. Il faut laisser de côté les principes de la tutelle, ils ne reçoivent pas d'application à l'administration du père (1).

Ce n'est pas à dire que le père puisse faire, comme administrateur, des actes de disposition. Cela est impossible. En faut-il conclure que les biens de l'enfant ne peuvent pas être aliénés pendant toute la durée de l'administration légale? Telle serait, d'après la rigueur des principes, la conséquence du silence de la loi. Le père ne peut pas aliéner, et l'enfant n'a d'autre représentant que le père. Il en résulterait que les biens de l'enfant seraient placés hors du commerce; ce qui est contraire à l'intérêt général tout ensemble et à l'intérêt des propriétaires. S'il y a nécessité absolue ou avantage évident pour l'enfant à ce que ses biens soient vendus ou hypothéqués, pourquoi le père ne pourrait-il pas le faire, alors que la loi le permet au tuteur? Il y a ici un argument par analogie, en ce sens que l'intérêt de l'enfant sous puissance paternelle est le même que l'intérêt de l'enfant sous tutelle. Il y a même un argument *a fortiori* pour le père. Il a, en général, des pouvoirs plus étendus que le tuteur. Si l'aliénation est permise au tuteur, elle doit l'être au père. Il n'y a qu'une difficulté, et, au point de vue des principes, elle est grande. La loi donne des garanties au mineur sous tutelle : l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Elle n'en établit pas en faveur de l'enfant qui est sous puissance paternelle. Il lui en faut cependant. Quelles seront ces garanties?

314. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre que le juge peut autoriser le père à aliéner, à

(1) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 82).

hypothéquer, à emprunter. Il y a un motif de douter. Les tribunaux peuvent-ils, en l'absence d'un texte, autoriser un administrateur à aliéner? Nous ne le croyons pas. Le propriétaire seul peut aliéner. Quand il est incapable, c'est à la loi à déterminer par qui, sous quelles conditions, avec quelles garanties l'aliénation se fera. Nous ne voyons pas à quel titre le juge interviendrait. C'est la nécessité, c'est-à-dire l'intérêt de l'enfant qui a conduit les interprètes à régler ce que le législateur aurait dû décider. Il est donc admis que le père peut faire tous actes de disposition avec l'autorisation du juge. Nous disons l'autorisation, et non l'homologation; car il ne peut pas être question de l'intervention du conseil de famille; donc il n'y a rien à homologuer. Si le père fait un acte de disposition sans l'autorisation de justice, l'acte est nul. C'est la conséquence forcée du principe. Elle augmente notre doute. Peut-il y avoir nullité sans la volonté du législateur; nullité pour inobservation d'une formalité qu'il ne prescrit pas? On voit clairement ici que les interprètes font la loi.

La cour de cassation a fait une application remarquable du principe généralement admis. Un père administrateur légal achète des immeubles au nom de ses enfants, mais au lieu de payer comptant avec les deniers qu'il avait en main, il stipule des termes de payement. La cour de la Martinique décida que la convention était un véritable emprunt, dissimulé sous la forme d'une acquisition à titre d'emploi; or, le père simple administrateur ne peut emprunter, il ne le peut du moins qu'avec l'autorisation de justice. Sur le pourvoi en cassation, l'arrêt fut confirmé (1). La décision est très-logique dès que l'on admet le principe.

La transaction est soumise à des formalités spéciales quand il s'agit d'un mineur en tutelle. Il faut, outre l'autorisation du conseil de famille, l'avis de trois jurisconsultes, puis l'homologation du tribunal (art. 467). Il a été jugé que le père doit observer toutes ces formalités (2). C'est

(1) Arrêt du 2 mai 1865 (Dalloz, 1865, 1, 365).
(2) Jugement du tribunal de Marseille du 12 décembre 1864 (Dalloz, 1867, 5 347).

dépasser le principe consacré par la jurisprudence. Si le code exige l'avis de trois jurisconsultes, c'est qu'il se peut que dans le conseil de famille il n'y ait aucun membre qui soit initié à la science du droit; c'est un complément de l'autorisation du conseil de famille; or, cette autorisation n'est jamais exigée pour le père administrateur. Il faut donc décider que pour la transaction, aussi bien que pour tout acte de disposition, l'intervention du tribunal suffit.

315. Le père a-t-il le droit de représenter son enfant en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur? Si l'on part du principe que le père n'a qu'un pouvoir d'administration, la question sera de savoir si le droit d'intenter une action ou d'y répondre est un acte d'administration ou un acte de disposition. Le code civil a là-dessus une théorie spéciale. Il distingue. Généralement il donne aux administrateurs le droit de former des actions mobilières. L'article 464 reconnaît implicitement ce droit au tuteur; le mineur émancipé, celui dont le pouvoir d'administration est le plus restreint, a le même droit (art. 482); l'article 1428 le donne formellement au mari qui administre les biens de sa femme. Il est donc hors de doute que le père peut exercer seul toutes les actions mobilières de l'enfant. Quant aux actions immobilières, le code les refuse au tuteur, au mineur émancipé, et implicitement au mari. Il faut donc dire que le droit d'intenter les actions immobilières est considéré par la loi comme dépassant le pouvoir d'administration. Cela décide la question, nous semble-t-il. Toutefois la doctrine et la jurisprudence sont contraires.

Le seul argument que l'on trouve dans les auteurs et dans les arrêts, c'est que l'administration légale n'est pas une tutelle, que par conséquent le père n'est pas soumis aux formalités et aux restrictions que le code impose au tuteur. Aux termes de l'article 464, le tuteur ne peut introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, sans l'autorisation du conseil de famille. Or, pendant le mariage, il n'y a pas de conseil de famille; donc il n'y a pas lieu pour le père de demander une autori-

sation pour plaider (1). Nous avons d'avance répondu à cette argumentation. De ce que l'administration légale n'est pas une tutelle, il faut conclure que les dispositions du titre X ne sont pas applicables au père; il faut donc en faire abstraction et régler les pouvoirs du père d'après les principes généraux qui régissent les droits de l'administrateur. C'est mal raisonner que de dire : le tuteur ne peut faire tel acte qu'avec l'autorisation du conseil de famille ; donc le père peut le faire seul. Il faut voir la nature de l'acte : est-ce un acte d'administration, le père aura qualité de le faire : est-ce un acte de disposition, le père ne pourra pas le faire. Or, dans la théorie du code, les actions immobilières ne sont accordées à aucun administrateur ; il faut par conséquent les refuser au père. C'est avec raison que la loi considère les actions immobilières comme dépassant le pouvoir d'un administrateur. En effet, celui qui intente une action mal fondée est condamné aux frais, et ces frais peuvent être énormes. L'administrateur, plaidant aux frais de celui dont il gère les intérêts, pourrait être tenté de plaider à la légère; il est donc bon qu'il y ait un contrôle. On peut même assimiler les actions judiciaires à des actes de disposition; car le demandeur qui succombe dispose indirectement de la chose qui fait l'objet du litige.

L'article 464 met l'acquiescement sur la même ligne que l'action. Si l'on reconnaît au père administrateur le droit d'agir, on lui reconnaît par cela même le droit d'acquiescer sans autorisation du conseil de famille (3). Dans notre opinion, il faudrait, pour acquiescer comme pour agir, une autorisation de justice.

316. Du principe que le père ne peut faire un acte de disposition, suit qu'il ne peut donner les biens de l'enfant. L'administrateur n'a jamais ce pouvoir, il ne peut faire que des actes utiles à celui dont il gère le patrimoine. Il y a un acte qui en général est très-avantageux, c'est l'ar-

(1) Bourges, 11 février 1863 (Dalloz, 1864, 5, 305) et Besançon, 29 novembre 1864 (Dalloz, 1864, 2, 195).

(2) Arrêt de Pau du 15 juillet 1865, confirmé par arrêt de la cour de cassation du 3 juin 1867 (Dalloz, 1868, 1, 27).

bitrage. Il est cependant de principe que le tuteur ne peut pas compromettre, parce que le mineur n'a pas devant les arbitres la garantie de l'intervention du ministère public (C. de proc., art. 1004 et 83, n° 6). Les textes du code de procédure sur lesquels ce principe est fondé s'appliquent à l'enfant sous puissance paternelle aussi bien qu'à l'enfant qui est sous tutelle.

Il y a un acte qui est interdit au tuteur, bien que ce soit un acte d'administration : il ne peut acheter les biens du mineur, ni accepter la cession d'une créance contre son pupille (art. 450). On demande si cette prohibition s'applique au père administrateur. Toute prohibition est de droit étroit. Donc on ne peut étendre au père administrateur ce que la loi dit du tuteur. On objecte que l'article 1596 reproduit la défense; mais cette disposition aussi est de stricte interprétation, et elle ne parle pas du père administrateur. Cela nous paraît décisif (1).

§ III. *Obligations du père administrateur.*

317. Le père est comptable, dit l'article 389. Il faut ajouter qu'il est responsable. C'est le droit commun. Sous ce rapport, il y a analogie complète entre le père administrateur et le tuteur; car la responsabilité n'est que l'application du principe général posé par l'article 1137. Le père comme le tuteur doit administrer en bon père de famille. Il est dispensé de toutes les garanties que la loi exige du tuteur. Raison de plus pour qu'il gère les intérêts de l'enfant avec toute la sollicitude que le législateur attend de son affection.

Le père rend compte de la propriété et des revenus des biens dont il n'a pas la jouissance, et de la propriété seulement quant aux biens dont il a l'usufruit. A quelle époque ce compte doit-il être rendu? A l'époque où l'administration légale finit, c'est-à-dire à la majorité ou à l'émanci-

(1) Aubry, dans la *Revue du droit français*, 1844, p. 681. En sens contraire, Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 83.

pation. L'usufruit cesse, il est vrai, dès que l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans. Mais l'administration continue.

318. Aux termes de l'article 472, « tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur sera nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives; le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte, dix jours au moins avant le traité. » On demande si cette disposition est applicable à l'administration légale du père. La négative a été jugée et avec raison (1). Il est vrai que le père est comptable aussi bien que le tuteur, et l'article 472 a pour objet d'assurer la reddition du compte. On pourrait donc dire qu'il y a analogie et que là où il y a même motif de décider, il doit y avoir même décision. L'analogie est évidente. Mais comme l'article 472 est une disposition tout à fait exceptionnelle, on ne peut pas l'étendre par voie d'analogie. Les exceptions et les nullités sont toujours de droit strict.

319. Le tuteur doit, de plein droit, l'intérêt de la somme dont il est reliquataire (art. 474). Il va sans dire qu'il n'en est pas de même du père administrateur; l'intérêt légal n'est dû qu'en vertu de la loi; par cela même, les textes qui l'établissent sont de stricte interprétation.

Il en faut dire autant, et pour la même raison, de l'article 475 qui limite à dix ans les actions que le mineur a contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle. C'est aussi une exception. On pourrait invoquer ici un argument *a fortiori*. L'administration légale est plus favorable que la tutelle. Donc si le mineur ne peut plus agir contre son tuteur après dix ans, à plus forte raison ne doit-il plus avoir d'action contre son père. Il est certain que le législateur aurait dû appliquer cette disposition au père administrateur; mais il ne l'a pas fait, et l'interprète ne peut, par aucune espèce d'argumentation, étendre une exception au droit commun.

(1) Arrêts d'Agen du 11 mars 1854 (Dalloz, 1855, 2, 294) et de la cour de cassation du 30 janvier 1866 (Dalloz, 1866, 1, 172).

§ IV. *Fin de l'administration légale.*

320. L'administration légale finit à la majorité de l'enfant, puisque, aux termes de l'article 389, le père est administrateur des biens de ses enfants mineurs. Par la même raison, l'administration du père cesse quand l'enfant est émancipé, un des effets de l'émancipation étant que le mineur émancipé prend la gestion de ses biens (art. 481).

321. L'article 444 porte que le tuteur peut être destitué pour inconduite notoire, pour incapacité et infidélité. On admet généralement que cette disposition peut être appliquée au père administrateur, parce qu'il y a identité de motifs. Nous croyons que cette opinion est contraire aux vrais principes, contraire même à la doctrine que les auteurs enseignent et que la jurisprudence a consacrée. L'administrateur est un mandataire; c'est à celui qui donne le mandat à le révoquer. Or, le père tient son mandat de la loi; donc la loi seule peut déterminer les causes pour lesquelles l'administration doit lui être enlevée. Il y a une raison péremptoire pour le décider ainsi, quand il s'agit du père administrateur. S'il administre, c'est comme père; l'administration légale est une dépendance de la puissance paternelle; cette puissance étant d'ordre public, le législateur seul a qualité pour décider dans quels cas elle prend fin. Il ne l'a pas fait; nous le regrettons, pour les intérêts pécuniaires de l'enfant, comme nous l'avons regretté pour son éducation intellectuelle et morale. Mais c'est une lacune que l'interprète ne saurait combler. Les auteurs mêmes ne disent-ils pas que l'administration légale n'est pas une tutelle? que les causes d'excuse et d'incapacité que le tuteur peut faire valoir ne s'appliquent pas au père administrateur? De quel droit donc font-ils une exception pour les causes de destitution? Tout administrateur, dit-on, doit gérer en bon père de famille; donc s'il gère mal, il doit être révoqué. Le raisonnement n'est pas logique. Celui qui gère mal est responsable : telle est la seule conséquence juridique de sa mauvaise gestion. Autre est la question de savoir si l'administrateur peut être révoqué et par qui il

peut l'être. Vainement on invoque l'intérêt de l'enfant; c'est au législateur à pourvoir aux intérêts des incapables, ce n'est pas à l'interprète.

En réalité, les tribunaux n'interprètent pas la loi en cette matière, ils la font. En veut-on la preuve? L'article 446 dit que la destitution du tuteur est prononcée par le conseil de famille, convoqué à la diligence du subrogé tuteur, ou d'office par le juge de paix. Qui prononcera la destitution du père? Ici les auteurs ne s'entendent plus; en effet il n'y a pas de texte. Le conseil de famille, dit l'un. Non, dit un autre, car il n'y a pas de conseil, pas de subrogé tuteur pendant le mariage : c'est le tribunal. Qui donne ce pouvoir au tribunal? Les interprètes. Mais le tribunal n'agit jamais d'office; qui le saisira? La famille, dit l'un; non, le ministère public, dit un autre. Demanderons-nous de quel droit? Il n'y a pas d'action sans intérêt. Dans l'espèce, il s'agit de sauvegarder les intérêts pécuniaires de l'enfant. Qui est intéressé à ce que le patrimoine de l'enfant ne soit pas dilapidé? La famille? Ce ne seraient en tout cas que les héritiers; or, les héritiers ne peuvent agir en vertu de leur droit éventuel à la succession, que lorsque la loi leur donne cette faculté. Le ministère public? Il ne peut agir en matière civile que pour l'exécution des lois d'ordre public. Où est la loi qui prononce la destitution du père? Convenons qu'il y a lacune, mais une lacune que le législateur seul peut combler (1).

SECTION III. — De l'usufruit légal des père et mere.

§ Ier. *Principes généraux.*

322. L'article 384 porte : « Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-

(1) Voyez la doctrine et la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, nos 77 et 78.

huit ans. » C'est cette jouissance que l'on appelle l'usufruit légal. Elle a sa source dans le droit coutumier (1). D'après la plupart des coutumes, le survivant de deux conjoints nobles avait le droit de percevoir à son profit le revenu des biens que ses enfants mineurs avaient de la succession du prédécédé, en récompense de l'éducation desdits enfants qui lui était confiée. C'est la définition de Pothier. On appelait cette jouissance *garde noble*, parce qu'elle n'appartenait qu'aux nobles, ce qui s'explique par l'origine féodale de cette institution. Les fiefs étaient une concession de biens faite sous charge de service militaire. Lorsque des mineurs succédaient au vassal, le seigneur se mettait en possession des biens, jusqu'à ce que les héritiers eussent atteint l'âge où ils pouvaient rendre le service militaire, soit personnellement, soit par leurs maris. En attendant, le seigneur était chargé de l'éducation des mineurs, c'est-à-dire qu'il les dressait à la profession des armes. Plus tard cette garde fut confiée au père ou aux autres parents mâles des enfants, toujours avec charge de les élever. Enfin la garde fut étendue à tous les biens du défunt. Il y avait aussi une *garde bourgeoise*, mais elle n'avait rien de commun avec l'usufruit légal; ce n'était autre chose qu'une tutelle légitime qui ne donnait au gardien aucun droit sur les biens des mineurs. Par exception, les bourgeois de Paris avaient, sous le nom de *garde bourgeoise*, la jouissance des biens que les enfants héritaient du prédécédé (2).

323. On voit que les auteurs du code Napoléon ont donné une nouvelle extension à la *garde*. Il ne pouvait plus être question d'une garde *noble*, après l'abolition de la noblesse : la garde est devenue un droit commun. La garde noble n'était accordée qu'au survivant des père et mère, tandis que l'usufruit légal appartient au père pendant le mariage. Cela est logique, dès que l'on admet le motif donné par Pothier, que la jouissance des biens est une récompense de l'éducation confiée aux père et mère. Mais

(1) L'usufruit légal ne vient pas du droit romain (Zachariæ, édition de Rau et Aubry, t. III, § 549 *bis*, p. 680, note 3).

(2) Pothier, *Traité de la garde noble et bourgeoise*, article préliminaire, nos 1-12.

cette idée d'une récompense n'est-elle pas en opposition avec l'essence même du droit d'éducation? Déjà dans l'ancien droit Bourjon disait que la garde était un effet immodéré de la puissance paternelle (1). L'éducation est un devoir; les père et mère sont obligés d'élever leurs enfants par cela seul qu'ils leur donnent la vie. Est-ce que le père peut demander une récompense à son enfant pour l'avoir élevé? une récompense qui se traduit en argent pour des soins moraux? Proudhon appelle l'usufruit légal un traitement (2) Cela n'embellit pas la chose : voilà donc le père le salarié de son enfant! N'est-ce pas humilier le père et l'amoindrir? On dit que l'usufruit légal a cet autre motif, qu'il ne convient pas que le père soit comptable envers son enfant. « Il est contraire à la morale, dit Toullier, de ne présenter aux enfants leur père ou leur mère que sous l'aspect d'un homme d'affaires, dont les comptes doivent être rendus de clerc à maître, et suivis de discussions, souvent de procès qui ne peuvent s'accorder avec la piété filiale (3). » Nous applaudirions à cette raison si elle était réelle. Tous les auteurs la reproduisent; ils oublient que le père est toujours comptable de son administration, alors même qu'il n'a pas la jouissance (art. 389); ils oublient que l'usufruit ne dure que jusqu'à dix-huit ans; de sorte que le père, de ce chef encore, est nécessairement comptable des revenus pendant trois ans. Ce n'est donc pas une pensée morale qui a inspiré le législateur. En définitive, l'usufruit n'est qu'un droit pécuniaire.

324. Il résulte de ce que nous venons dire de l'origine et du caractère de l'usufruit légal, des conséquences importantes pour l'interprétation des dispositions du code sur cette matière. Puisque l'usufruit légal a son origine dans les coutumes, il faut recourir au droit coutumier pour interpréter les principes que le code a empruntés à l'ancien droit. Cette règle est conforme à la théorie générale de l'interprétation (4) : les institutions coutumières doivent être

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. Ier. p. 35, n°s 11-13.
(2) Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, t. Ier, p. 156. n° 126.
(3) Toullier. *le Droit civil français*, t. II, p. 187, n° 1060.
(4) Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, t. Ier, p. 235 et 162, n°s 181 et 133, et le tome Ier de mes *Principes*, p. 347, n° 274.

interprétées par les coutumes, comme les institutions romaines doivent l'être par le droit romain.

L'usufruit légal étant une récompense attachée à l'exercice de la puissance paternelle, on doit le considérer comme un droit pécuniaire plutôt que comme un droit moral. De là suit qu'il n'est pas d'ordre public. Le code civil consacre une conséquence de ce principe, en disant que des biens peuvent être donnés ou légués aux enfants, sous la condition que les père et mère n'en jouiront pas (art. 387). Il faut appliquer le même principe à toute espèce de conventions par lesquelles il serait dérogé à l'usufruit légal : elles sont licites, puisque l'usufruit légal n'est qu'un droit pécuniaire. On ne peut donc invoquer l'article 6 du code qui défend de déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

§ II. *A qui appartient l'usufruit légal et sur quels biens?*

325. L'usufruit légal, dit l'article 387, appartient au père durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère. Faut-il conclure de là que la mère n'a jamais l'usufruit légal pendant le mariage, alors même qu'elle exerce la puissance paternelle? Elle l'exerce quand son mari est absent (art. 141), et l'on admet qu'il en est de même quand il est interdit. Elle l'exerce encore quand le père est déchu de la puissance paternelle en vertu d'une condamnation pénale. Exerçant la puissance paternelle, ne doit-elle pas avoir la jouissance des biens que la loi attache à cet exercice comme une récompense? Si l'on pouvait décider la question d'après les principes sur lesquels repose l'usufruit légal, il n'y aurait aucun doute. La récompense ne doit-elle pas être accordée à celui qui est chargé de l'éducation? Les honoraires d'une fonction ne sont-ils pas dus à celui qui l'exerce? On objecte que pendant le mariage la mère n'a la puissance pater-

nelle qu'au nom du père, et en quelque sorte comme son délégué. Cela n'est pas exact. La puissance paternelle n'est autre chose que le droit ou le devoir d'éducation. Or, l'article 203 dit que les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Donc la mère a le devoir d'éducation au même titre que le père. Aussi l'article 372 dit-il que l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité. Il est vrai que l'article 373 ajoute que le père seul exerce cette autorité durant le mariage. Mais cette disposition ne fait que prévoir le cas ordinaire, lorsque le père est capable d'exercer la puissance paternelle. Quand il est absent, le code lui-même dit que la mère a tous les droits du mari quant à l'éducation des enfants et à l'administration de leurs biens. C'est donc bien en son nom que la mère exerce la puissance paternelle pendant l'absence du mari; puisqu'elle a tous les droits du père, pourquoi n'aurait-elle pas la jouissance des biens?

Il y a cependant un motif de douter, et il est grave, c'est le texte. La loi donne l'usufruit au père pendant le mariage, elle ne le donne pas à la mère. Or, peut-il y avoir un usufruit légal sans loi? Nous croyons qu'en cas d'absence, il y a une loi. L'article 141 donne à la mère tous les droits du père quant à l'éducation des enfants; or, la jouissance des biens est un droit attaché à l'éducation; Pothier le dit et le code, en cette matière, consacre les principes des coutumes. L'article 387 n'est pas contraire à cette opinion. Il est la conséquence de l'article 373, qui donne au père *seul* l'exercice de l'autorité paternelle pendant le mariage. C'est la règle; mais, malgré les termes restrictifs de l'article 373, la mère exerce la puissance paternelle en cas d'absence; elle l'exerce dans toute sa plénitude, donc avec l'avantage qui y est attaché. L'article 387, en disant que le père a la jouissance des biens de ses enfants pendant le mariage, suppose que c'est lui qui exerce cette puissance, comme le dit l'article 373. Quand il ne l'exerce pas, il n'y a plus de raison ni même de texte pour lui accorder l'usufruit; nous disons pas même de texte, parce que l'article 387 ne peut être isolé de l'arti-

cle 373 dont il est la conséquence(1). En cas d'interdiction, il y a plus de doute, parce qu'il n'y a pas de disposition analogue à celle de l'article 141. Nous y reviendrons au titre de l'*Interdiction;* et plus loin (nº 344) nous dirons les difficultés qui se présentent lorsque le père est coupable d'inconduite notoire.

326. Sur quels biens l'usufruit légal est-il établi? L'article 387 répond que les père et mère ont la jouissance *des biens* de leurs enfants, donc de tous leurs biens. Ainsi l'usufruit légal est un usufruit universel. De là suit que les père et mère ont les droits qui dérivent d'un usufruit universel, et qu'ils sont tenus des charges qui grèvent cet usufruit. Quant aux droits, il n'y a aucune difficulté; quels que soient les biens, à quelque époque qu'ils échoient aux enfants, ils sont frappés de l'usufruit légal (2). Nous verrons à l'instant quelles sont les conséquences qui découlent de notre principe quant aux charges.

La loi excepte cependant certains biens de l'usufruit légal. Il ne s'étend pas, dit l'article 387, « aux biens que les enfants pourront acquérir par un travail et une industrie séparés. » Le législateur veut favoriser la libre activité de l'enfant : rien de plus moral. Il ne faut cependant pas croire que les bénéfices de toute espèce de travail restent propres à l'enfant qui est sous puissance. Le texte contient une limitation; le travail et l'industrie doivent être *séparés*, c'est-à-dire distincts du travail ou de l'industrie du père. De là suit que si le père emploie l'enfant dans l'industrie ou le commerce que lui-même exerce, quand même l'enfant recevrait une rétribution de ce chef, ce bénéfice ne tomberait pas sous l'application de l'article 387. Mais faut-il, pour que cette disposition soit applicable, que l'enfant se soit établi pour son compte et qu'il ait quitté la maison paternelle? Non, évidemment; le texte ne l'exige pas, et il eût été ridicule de l'exiger, puisqu'il s'agit d'un enfant mineur de dix-huit ans. On appliquera donc l'arti-

(1) Marcadé, t. II, p. 159, nº II de l'article 387. En sens contraire, Demolombe, t. VI, p. 365, nº 483; Proudhon, *De l'état des personnes*, t. Ier, p. 253, et Demante. t. II, p. 195, nº 129 *bis* IV.

(2) Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, nºs 136 et suiv., p. 170.

cle 387 si l'enfant est apprenti, commis, clerc ou précepteur (1).

La loi fait une seconde exception pour les biens qui sont donnés ou légués à l'enfant sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas. Pourquoi le législateur veut-il que la condition soit *expresse?* C'est parce qu'il s'agit d'une dérogation à un droit qui, s'il n'est pas d'ordre public, tient cependant à la puissance paternelle. Celui qui fait une libéralité à l'enfant, à condition que le père n'en jouisse pas, manifeste des sentiments plus ou moins hostiles au père; ces sentiments ne peuvent pas se supposer facilement. Voilà pourquoi le donateur doit clairement exprimer sa volonté. Est-ce à dire qu'il doive la déclarer en termes formels, ou suffit-il qu'elle résulte avec évidence de la disposition? La loi ne prescrit pas de termes sacramentels; dès lors la question se traduit en une appréciation de la volonté du donateur; s'il a disposé de manière que la disposition soit incompatible avec l'usufruit légal, il l'exclut par cela même. C'est en ce sens que la doctrine et la jurisprudence interprètent l'article 387 (2). Il faut cependant que la volonté du donateur résulte des termes dont il s'est servi; en prescrivant une condition *expresse*, le code écarte l'exclusion tacite. Ce n'est qu'avec cette restriction que nous admettons l'opinion généralement suivie (3). Il a été jugé que lorsqu'un aïeul lègue à son petit-fils une somme d'argent, en ordonnant qu'une moitié servira à l'éducation de l'enfant et que l'autre sera placée le plus promptement et le plus avantageusement qu'il sera possible par l'exécuteur testamentaire, cette libéralité emporte exclusion de l'usufruit légal. Nous croyons que c'est dépasser le texte de l'article 387; dans l'espèce, l'exécuteur testamentaire était chargé du placement, mais le père n'était pas privé de la jouissance (4).

327. La seconde exception donne lieu à une question

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. I[er], p. 187, n° 149, suivi par tous les auteurs.

(2) Proudhon, *De l'usufruit*, t. I[er], p. 194, n° 153.

(3) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 680, note 6.

(4) Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 106.

très-controversée. On suppose que la mère institue son fils héritier sous la condition que le père n'aura pas la jouissance des biens légués. Il est certain que la clause qui prohibe l'usufruit légal aura effet quant aux biens dont la mère pouvait disposer. Mais aura-t-elle aussi effet quant aux biens qui forment la réserve de l'enfant? Dans l'ancien droit, on décidait généralement que le testateur ne pouvait priver le père de l'usufruit des biens qui formaient la légitime de l'enfant, par la raison que la mère ne peut réellement donner que le disponible; ce n'est pas elle qui dispose de la légitime, c'est la loi qui la donne au légitimaire, donc la mère ne peut ajouter aucune clause restrictive quant à ces biens. Proudhon a reproduit cette distinction sous l'empire du code civil; en effet, l'enfant reçoit sa réserve de la loi, et c'est aussi la loi qui en attribue la jouissance au père survivant (1). Il y a un arrêt de la cour de cassation qui consacre implicitement cette opinion (2).

On fait contre cette doctrine une objection très-spécieuse. La loi ne frappe pas d'une nullité absolue les dispositions qui entament la réserve ou qui l'absorbent; elle les déclare simplement réductibles. Or, d'après l'article 921, la réduction ne peut être demandée que par ceux au profit desquels la loi établit la réserve, par leurs héritiers et ayants cause. Et dans notre espèce, l'héritier réservataire est l'enfant lui-même à qui les biens ont été légués. Exercera-t-il l'action en réduction? Contre qui et de quel chef? Il a sa réserve entière, plus le disponible; il n'a donc pas le droit d'agir. Dès lors la disposition, avec la clause d'exclusion qui y est attachée, doit recevoir tout son effet, le père, seul intéressé à se plaindre, n'ayant pas le droit d'agir. Au point de vue des principes qui régissent l'action en réduction, il n'y a rien à répondre à l'objection. Il faut chercher le motif de décider dans l'article 387. Si la loi permet au testateur de léguer des biens à l'enfant en prohibant l'usufruit légal, c'est pour favoriser les libéralités qu'un parent ou un étranger serait disposé à faire à l'en-

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 193, n° 152.
(2) Arrêt du 11 novembre 1828 (Dalloz, au mot *Dispositions entre-vifs*, n° 122).

fant. Eh bien, peut-on dire que la réserve léguée à l'enfant est une libéralité que le testateur lui fait? Non certainement; donc ce n'est pas un *bien légué*, dans le sens de l'article 387, et par conséquent le testateur n'y peut pas ajouter la condition de non-jouissance que le code ne permet d'établir que pour les biens légués. Notre conclusion est celle de l'ancien droit : la condition doit être réputée non écrite comme étant contraire à la loi (1).

§ III. *Droits de l'usufruitier légal.*

328. La jouissance que la loi donne aux père et mère est-elle un véritable usufruit, et leur donne-t-elle tous les droits qui appartiennent à l'usufruitier? Dans les articles 384-387, qui traitent de cet avantage accordé aux père et mère, le législateur le qualifie de *jouissance;* les articles 389 et 601 lui donnent le nom d'usufruit; l'article 385 dit que les charges de cette jouissance sont celles auxquelles sont tenus tous les usufruitiers. Ajoutons que la définition que l'article 578 donne de l'usufruit s'applique à la jouissance légale : le père a le droit de jouir des biens dont ses enfants ont la propriété.

On enseigne cependant que la jouissance légale des père et mère a un caractère propre qui le distingue de l'usufruit ordinaire, c'est qu'elle est inhérente à la puissance paternelle, dont elle est un des attributs. Ceci n'est qu'une différence d'origine, et la seule conséquence juridique qui en résulte, c'est que la jouissance cesse avec la puissance paternelle. Faut-il aller plus loin et dire, avec la doctrine, que la jouissance légale est inaliénable comme l'autorité paternelle elle-même? Est-il vrai que l'usufruit légal ne peut être ni cédé, ni hypothéqué, ni saisi par les créanciers? Nous croyons que l'usufruitier légal peut aliéner son droit, aussi bien que l'usufruitier ordinaire. C'est un droit

(1) Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, t. Ier, p. 371, note 9. Comparez Marcadé, t. II, p. 166-168, et Demolombe, t. VI, no 513, p. 389.

réel, un droit immobilier quand il porte sur des immeubles; or, tout droit peut être cédé, il n'y a d'inaliénables que les droits que la loi déclare tels. L'inaliénabilité est une exception, et une exception qui est contraire à l'intérêt général; cette exception n'existe qu'en vertu de la loi. On dit que l'usufruit ne peut pas plus être aliéné que la puissance paternelle à laquelle il est attaché. C'est confondre les droits qui sont de l'essence de la puissance paternelle avec la récompense que la loi accorde à celui qui exerce cette autorité. La puissance paternelle est essentiellement un devoir que la loi impose au père dans l'intérêt de l'enfant. Dira-t-on que la jouissance légale est un devoir? un devoir établi dans l'intérêt de l'enfant? On objecte encore que le père est non-seulement usufruitier, qu'il est encore administrateur; que s'il aliénait son usufruit, il ne pourrait plus remplir son devoir d'administrateur. L'objection concerne le fait plutôt que le droit. Sans doute le père ne peut pas se décharger de son obligation d'administrer; si donc, par suite de la cession de l'usufruit, l'administration souffre, il en sera responsable. On insiste et l'on oppose les charges spéciales qui grèvent la jouissance du père. Ceci encore n'est qu'une difficulté de fait. Il est bien évident que les charges subsistent, et que la cession de l'usufruit n'y peut apporter aucun changement au préjudice de l'enfant; s'il y a des contestations, le tribunal décidera. On finit par nier que la jouissance des père et mère soit un usufruit. C'est se mettre en opposition avec le texte de la loi (1).

L'usufruit légal reste dans le commerce par cela seul que la loi ne le met pas hors du commerce. Il peut donc être hypothéqué s'il porte sur des immeubles. Par suite, il peut être saisi, en ce sens que les créanciers peuvent saisir les fruits et revenus qui appartiennent au père. Tous les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers; or, les fruits appartiennent certes au père, ils font partie de son patrimoine; donc ils peuvent être saisis par ses

(1) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, nº 101. Il faut ajouter Demante, qui enseigne aussi que l'usufruit légal est inaliénable (*Cours analytique*, t. II, p. 191, nº 128 *bis* VII).

créanciers. Bien entendu, que la saisie ne peut être exercée que dans les limites des droits du père; or, le père n'a droit aux fruits que sous l'obligation de supporter les charges que la loi lui impose; c'est seulement l'excédant qui est le gage de ses créanciers (1). Si l'on admet que l'usufruit légal peut être cédé, il faut aller plus loin, et décider que le droit même peut être saisi, toujours avec la restriction qu'il n'y a de droit utile que déduction faite des charges. Si donc les revenus ne suffisaient pas pour couvrir les frais d'éducation, la saisie n'aurait plus d'objet, et sans intérêt pas d'action (2).

329. On prétend qu'il y a une seconde exception aux principes généraux qui régissent les droits de l'usufruitier. L'article 589 porte : « Si l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute. » Cette disposition n'est pas applicable aux père et mère usufruitiers. Il y a, au titre de la *Tutelle*, une disposition spéciale qui décide la question. Après avoir dit, dans l'article 452, que le tuteur fera vendre tous les meubles du mineur autres que ceux que le conseil de famille l'a autorisé à conserver en nature, le code ajoute (art. 453) : « Les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre et légale des biens du mineur, sont dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent de les garder pour les remettre en nature. Dans ce cas, ils en feront faire, à leurs frais, une estimation à juste valeur. Ils rendront la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient représenter en nature. » On demande si l'article 453 déroge à l'article 589.

(1) Colmar, 27 janvier 1835 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 165). Il y a des arrêts qui ont repoussé l'action des créanciers, mais en constatant que les revenus ne suffisaient pas pour supporter les charges (Bordeaux, 19 juin 1849 et Lyon, 23 juin 1849, dans Dalloz, 1850, 2, 22 et 24). Le droit de saisir les fruits est admis par tous les auteurs (Dalloz, *ibid.*, n° 166).

(2) Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 275, n° 221.

Bien loin de déroger à la règle établie par l'article 589, le code l'applique au père usufruitier dans l'article 453. Quel est le droit de jouissance de l'usufruitier, et quelle est son obligation quant à la jouissance? Il a le droit de jouir comme le propriétaire lui-même (art. 578), mais il doit jouir en bon père de famille (art. 601); à la fin de sa jouissance, il rend au propriétaire les biens dont il a joui. S'il a joui en bon père de famille, il a rempli son obligation, quand même les choses auraient diminué de valeur par le laps de temps ou par l'usage qu'il en a fait. L'article 589 applique ce principe aux meubles meublants; c'est un principe général applicable à tout débiteur d'un corps certain (art. 437, 1302, 1245). Est-ce que l'article 453 y déroge? Il décide que le père a le droit de garder les meubles pour les remettre en nature. Le père use de ce droit, il est donc débiteur d'un corps certain, partant il est libéré quand il rend les meubles non détériorés par sa faute. Quand doit-il la valeur estimative? L'article 453 répond : lorsqu'il ne *peut pas représenter les meubles en nature;* et quand cette *impossibilité* existe-t-elle? Quand les meubles ont péri ou que le père en a disposé.

Voilà ce que disent les textes et les principes (1). On prétend cependant que la détérioration des meubles par le seul effet du temps et de l'usage retombe sur le père usufruitier; et on en conclut que le père ne peut pas rendre des meubles ainsi détériorés, qu'il doit en payer la valeur estimative. Le seul motif juridique que l'on donne à l'appui de cette singulière opinion, c'est une différence de rédaction entre l'article 389 et l'article 453; le premier dit formellement que l'usufruitier rend les choses *dans l'état où elles se trouvent;* tandis que l'article 453 veut qu'il les rende *en nature*. Mais les deux expressions ne signifient-elles pas une seule et même chose? La loi dit au père usufruitier : « Vous avez le droit de *garder les meubles* pour vous en servir, et après que vous en aurez joui, vous les *remettrez en nature*. » Nous demandons si le père

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. V, p. 459, n° 2642. Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 374, n° VI, et *Exposition sommaire du livre Ier du code civil*, p. 244, n° XXV.

peut *garder* les meubles et en jouir, sans que les meubles se détériorent par l'usage qu'il en fera? Le bon sens répond que non. Donc le texte même prouve que le père a le droit de rendre les meubles plus ou moins usés et dépréciés; par conséquent rendre les meubles en *nature*, c'est les rendre dans *l'état où ils se trouvent*. Il y a plus. L'interprétation que nous combattons ne tend à rien moins qu'à enlever au père le droit que la loi lui accorde de garder les meubles. Si on le rend responsable de la détérioration résultant de l'usage et du temps, il sera forcé de les vendre pour n'être pas en perte; et cependant la loi lui donne le droit de les garder! Que dire de l'esprit de la loi? Le législateur traite le père usufruitier avec une faveur marquée en ce qui concerne la jouissance; elle le dispense de donner caution (art. 601); et on veut qu'elle le rende responsable même des cas fortuits, car on va jusque-là! C'est déroger à tous les principes, et cela en vertu d'un article qui n'est que l'application des principes généraux (1).

§ IV. *Obligations de l'usufruitier légal.*

330. Aux termes de l'article 385, les charges de la jouissance légale du père sont d'abord celles auxquelles sont tenus les usufruitiers. La loi elle-même déroge à ce principe, en dispensant les père et mère de l'obligation qui est imposée à l'usufruitier de donner caution (art. 601). Cette exception témoigne de la faveur que le législateur accorde à l'usufruitier légal; il a pensé que la plus forte garantie que l'enfant puisse avoir se trouve dans les sentiments de la nature qui intéressent si vivement le père au bien-être de ses enfants (2). Comme la loi n'a pas cru devoir soumettre le père à une obligation qui est une marque de défiance, il va sans dire que les débiteurs du

(1) L'opinion que nous combattons est soutenue vivement par Demolombe, t. VI, p. 400, n° 524.

(2) Ce sont les expressions de la cour de Toulouse, arrêt du 26 août 1818 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 121).

mineur ne peuvent exiger aucune sûreté du père, ni caution, ni emploi des fonds. Ils se libèrent valablement entre les mains du père usufruitier et administrateur, alors même qu'il serait insolvable (1).

Bien que l'usufruitier légal ne soit pas tenu de donner caution, il doit néanmoins jouir en bon père de famille. Nous venons de dire que la loi le dispense de l'obligation imposée au tuteur de vendre les meubles. Il y a des droits mobiliers, qui depuis la publication du code Napoléon, ont acquis une immense importance; ce sont les actions industrielles. Par leur nature, elles sont très-variables, elles montent et elles baissent; il y a donc là des chances de gain ou de perte. Il est évident que le père usufruitier n'est pas responsable de la baisse. Il a le droit de jouir des actions, aucune loi ne l'oblige à les vendre; on ne peut pas même dire que la vente serait un acte de bon père de famille, les actions pouvant monter aussi bien que baisser. L'enfant profitant des bonnes chances, doit naturellement supporter les mauvaises. Jugé ainsi par la cour de Paris, pour les actions de la *Gazette de France* qui subirent une baisse énorme par suite des circonstances politiques; la valeur de la *Gazette*, lors de l'ouverture de l'usufruit, était de 900,000 francs, et à la mort du père, elle fut vendue pour 25,000; cependant la rédaction était restée la même, mais l'opinion publique avait changé (2)!

331. Le père usufruitier est soumis à des charges spéciales. D'abord il doit nourrir, entretenir et élever les enfants selon leur fortune. Il ne faut pas confondre cette charge spéciale avec l'obligation qui incombe toujours aux père et mère, alors même que les enfants n'ont pas de biens personnels. La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, quand ceux-ci n'ont pas de biens, est un devoir pour les parents, d'après l'article 203, mais la loi ne précise pas l'étendue de cette obligation. On dit qu'elle est proportionnée à la fortune des père et mère. Cela est vrai de la dette alimentaire proprement dite (art. 208); mais le

(1) Nîmes, 10 mai 1855 (Dalloz, 1855, 2, 182).
(2) Paris, 14 mai 1853 (Dalloz, 1855, 2, 68).

code ne dit pas cela du devoir d'éducation ; de sorte que le père, quoique très-riche, satisferait légalement à son obligation en élevant son fils comme un artisan. Il n'en est pas de même si l'enfant a des biens dont le père jouit ; le père usufruitier doit l'élever, en ce cas, suivant la fortune dont il a la jouissance.

Il y a donc ici une obligation civile, mais quelle en est la sanction? L'enfant a-t-il une action contre son père? On le soutenait dans l'ancien droit (1). Il est certain que la loi aurait dû établir un moyen quelconque de contraindre le père à remplir son obligation. L'action de l'enfant, en la supposant admissible, n'atteindrait pas le but que le législateur a eu en vue. En effet, l'éducation commence dès le plus jeune âge : est-ce qu'un enfant de cinq ans peut agir contre son père? Régulièrement, le mineur ne peut pas agir en justice; c'est précisément à raison de son incapacité que la loi lui donne un représentant dans le père ou le tuteur. Ce n'est donc qu'à sa majorité que l'enfant aura une action, et alors il sera trop tard pour lui donner une éducation selon sa fortune. Tout ce que l'on pourra faire, ce sera de condamner le père à restituer les fruits qu'il a perçus à son profit, au lieu de les employer à élever l'enfant. Il y aurait même lieu à des dommages-intérêts (2). Mais ces indemnités pécuniaires ne répareront pas l'irréparable préjudice que l'enfant aura souffert par le défaut d'éducation. Le législateur aussi est coupable. Il ne s'est guère inquiété jusqu'ici de l'instruction et de l'éducation des générations naissantes, tandis que ce devrait être là le premier de ses soins et sa plus grande préoccupation.

Les auteurs signalent une seconde différence entre l'obligation générale prescrite par l'article 203 et l'obligation spéciale imposée par l'article 385. Si l'enfant n'a pas de biens, les époux contractent *ensemble*, dit l'article 203, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

(1) Ferrière, *Coutume de Paris*, t. III, p. 998. Pothier dit que le père peut être contraint à remplir son obligation à la requête des proches parents, et qu'en cas de contumace, il peut même être privé de la garde (*Coutume d'Orléans*, Introduction au titre *des Fiefs*, n° 339).

(2) Arrêt de cassation du 23 août 1817 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 729, 4°).

La mère y doit donc contribuer, quand elle est séparée de biens. Si l'enfant a des biens personnels, le père seul en ayant la jouissance pendant le mariage, lui seul devra supporter cette charge (1). La question n'a pas d'intérêt pratique, lorsque la séparation est contractuelle, puisque, sous ce régime, la femme contribue aux charges du mariage pour une part fixe, le tiers de ses revenus, sauf convention contraire (art. 1537). Si la séparation est judiciaire, la femme contribue aux frais d'éducation proportionnellement à ses facultés et à celles du mari (art. 1448). En ce cas, elle cessera d'y contribuer, si la jouissance du mari suffit pour payer ces frais.

Il y a une dernière différence entre l'obligation de l'article 202 et celle de l'article 385. Le père, quand l'enfant possède des biens dont il n'a pas la jouissance, n'est tenu qu'en vertu de l'article 202; il peut alors imputer les frais d'éducation sur les revenus de l'enfant. Mais si l'enfant a des biens dont le père est usufruitier, il est tenu en vertu de l'article 385, c'est-à-dire qu'il doit supporter la charge entière des frais de nourriture, d'entretien et d'éducation, alors même que l'enfant aurait des biens dont le père ne jouirait pas. Cela n'est pas juste, dit-on; l'équité veut que les frais d'éducation soient pris sur tous les revenus de l'enfant. L'équité, soit; mais la loi est au-dessus de l'équité, et la loi est formelle. Elle se justifie d'ailleurs par cette considération que l'usufruit légal étant un avantage purement gratuit que la loi fait au père, elle a pu y attacher des charges exceptionnelles (2).

332. L'article 385, n° 3, impose une seconde charge spéciale au père usufruitier, celle de payer les arrérages et intérêts des capitaux. Dans le langage du droit, on entend par intérêts les revenus d'un capital, et par arrérages le produit d'une rente. De quels intérêts et arrérages s'agit-il dans l'article 385 : de ceux qui échoient depuis l'ouver-

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 255; Marcadé, t. II, p. 162, n° II de l'art. 385.

(2) C'est l'opinion commune (Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 237, n° 183, et p. 242, n° 187; Valette sur Proudhon, t. II, p. 255; Demolombe, t. VI, p. 421, n° 540), sauf le dissentiment de Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 197, n° 130 *bis* I.

ture de l'usufruit ou de ceux qui étaient échus lorsque l'usufruit s'est ouvert? Il y a un motif de douter. Si la question devait se décider d'après les principes généraux, il est certain que le père ne serait tenu que des arrérages et intérêts échus depuis l'ouverture de l'usufruit. Les charges sont attachées au droit; elles en sont une conséquence; or, conçoit-on que l'effet précède la cause? Ce motif juridique a entraîné Duranton et les cours de Lyon et de Nîmes (1). Nous préférons l'opinion contraire, enseignée par Proudhon et suivie par la plupart des auteurs (2). Elle s'appuie sur le texte même de l'article 385. La loi commence par dire que le père usufruitier est tenu des charges ordinaires de l'usufruit; il doit donc, en sa qualité d'usufruitier universel, supporter les intérêts et arrérages qui échoient pendant la durée de sa jouissance. Puis vient le n° 3° qui impose au père usufruitier une charge spéciale, en disant qu'il est tenu du payement des arrérages ou intérêts des capitaux. Il est impossible que cette charge spéciale soit la même que l'obligation générale dont il est question dans le n° 1°; elle doit donc porter sur les intérêts et arrérages échus lors de l'ouverture de l'usufruit légal. Dire, comme le fait la cour de Nîmes, que l'article 385 a été décrété le 24 mars 1803, tandis que le titre de l'*Usufruit* n'a été décrété que le 4 janvier 1804, ce n'est pas répondre à l'argument. Si l'obligation de payer les intérêts et arrérages échus pendant l'usufruit était une innovation du code civil, introduite postérieurement à l'article 385, la cour aurait raison; mais cette obligation existait dans l'ancien droit et elle est fondée en équité. Il suit de là qu'elle est comprise dans le numéro 1° de l'article 385; partant elle ne peut plus faire l'objet du numéro 3°.

Proudhon ajoute une considération historique qui est d'un grand poids. L'usufruit légal est emprunté aux dispo-

(1) Duranton, t. III, p. 394, n° 401. Arrêts de Lyon du 16 février 1835 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 151) et de Nîmes du 9 juillet 1856 (Dalloz, 1857, 2, 83).

(2) Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 259, n° 206. Demolombe, t. VI, p. 424, nos 543 et 544. Voyez en ce sens un jugement très-bien motivé du tribunal d'Arras du 5 juin 1859 (Dalloz, 1860, 3, 70), et un jugement du tribunal du Puy du 25 mars 1865 (Dalloz, 1865, 3, 23).

sitions des coutumes sur la garde noble ; or, le gardien devait payer les intérêts et arrérages échus au moment où la garde commençait; il faut donc entendre l'article 385 dans le sens de l'ancien droit. A cela la cour de Nîmes objecte que les coutumes donnaient aussi au père les intérêts et arrérages des capitaux actifs de l'enfant; le code, dérogeant à l'ancien droit quant à l'actif, devait aussi y déroger quant au passif. Nous répondons que l'ancien droit n'était pas aussi précis, du moins pas aussi uniforme qu'on le dit; il ne proportionnait pas toujours le passif à l'actif. Pothier dit formellement que dans les coutumes qui ne donnaient pas la propriété des meubles au gardien noble, il ne laissait pas d'être tenu des dettes mobilières (1). Comme l'article 385 est une disposition traditionnelle, il faut l'interpréter dans le sens de la tradition. Elle n'est pas aussi inique qu'on le prétend. Il ne faut pas oublier que l'usufruit légal est une libéralité que la loi fait au père; or, à toute libéralité le donateur peut ajouter des charges.

333. L'article 385 impose encore au père la charge des frais funéraires et des frais de dernière maladie. Sont-ce les frais funéraires de celui à qui l'enfant a succédé? ou les frais funéraires de l'enfant? Sauf le dissentiment de Delvincourt, tout le monde s'accorde à décider la question dans le premier sens. Il est vrai que les frais funéraires sont une dette de la succession, partant de l'enfant qui est héritier. Mais les anciennes coutumes avaient imposé cette obligation à l'usufruitier légal, et le code a reproduit cette disposition traditionnelle. Ce qui prouve qu'il ne peut pas s'agir des frais funéraires de l'enfant, c'est que la loi ajoute les frais de dernière maladie ; or, ces frais, en ce qui concerne l'enfant, sont déjà compris dans le numéro 1° de l'article 385; le numéro 4° doit donc se rapporter au défunt à qui l'enfant a succédé (2).

334. La loi dit que ces obligations sont des charges de la jouissance légale; elles grèvent donc l'usufruit, c'est-

(1) Pothier, *Traité de la garde noble*, n° 86.

(2) Voyez la doctrine et la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 129. Il faut ajouter un arrêt de Douai du 22 juillet 1854 (Dalloz, 1855, 2, 83).

à-dire qu'elles sont réelles. Si le père en est tenu, ce n'est pas comme débiteur personnel, car il n'a contracté aucun engagement personnel. On sait que la différence est grande entre les charges réelles et les obligations personnelles. Celles-ci, inhérentes à la personne, suivent partout le débiteur; il ne peut pas s'en dégager, puisqu'il est tenu par un lien d'obligation, et elles passent à ses héritiers et successeurs universels, puisqu'ils succèdent aux dettes du défunt. Tandis que les charges réelles sont une dette de la chose plutôt que de la personne; celui qui détient la chose en est tenu seulement comme détenteur; en cessant de la détenir, il cesse d'en être tenu. Il y a une autre conséquence de la réalité des charges; le détenteur n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qui en sont affectés : ce n'est pas lui qui les doit, c'est la chose. Les créanciers n'ont droit qu'à la chose, ils n'ont de droit contre celui qui la détient qu'à raison de cette chose, donc dans les limites de sa valeur.

Ces principes s'appliquent-ils aux charges qui grèvent la jouissance légale? Ce sont des principes généraux, ils doivent donc recevoir leur application, à moins que la loi n'y déroge. Or, notre texte dit simplement que les charges qui incombent au père usufruitier sont des charges de sa jouissance, donc réelles. Cela est admis par tout le monde, mais on n'est pas d'accord sur les conséquences du principe. Proudhon dit que les charges deviennent personnelles en ce sens que le père, en acceptant l'usufruit que la loi lui défère, contracte une obligation personnelle. Sans doute, le père peut ne pas accepter la libéralité que la loi lui fait; il peut la refuser si les charges lui paraissent trop onéreuses. S'il l'accepte, il se soumet par cela même aux charges, il devient donc débiteur. Est-ce à dire que cette dette ait le caractère et les effets d'un engagement personnel? Non, car il n'est débiteur qu'à raison du droit réel qu'il a sur les biens; les créanciers peuvent donc le poursuivre, mais ils ne peuvent le poursuivre que comme usufruitier, tenu d'une charge à raison des biens qu'il détient, donc jusqu'à concurrence de la valeur de ces biens. C'est sur ce point qu'il y a controverse.

Dans l'ancien droit, les coutumes variaient; d'après celle de Paris, que les auteurs du code ont surtout suivie, la garde noble était une espèce de marché à forfait que le gardien faisait avec les mineurs, marché qu'il devait exécuter, alors même que les charges dépassaient la valeur des biens. En est-il de même sous l'empire du code civil? La difficulté se présente en cas de renonciation du père usufruitier; nous y reviendrons. En principe, il faut s'en tenir à la réalité des charges, ce qui exclut toute idée d'une obligation illimitée. L'ancien droit a une grande importance quand il s'agit d'interpréter les textes du code; mais nous ne pouvons pas transporter dans le code les dispositions des coutumes. Elles différaient radicalement du droit moderne en un point capital, c'est que l'usufruitier légal était en même temps héritier des meubles; on conçoit que, comme tel, il ait été obligé de supporter les dettes indéfiniment, *ultra vires*, comme nous disons. Tandis que d'après le code le père n'est plus qu'un usufruitier. Les vrais débiteurs des charges qui dérivent de la succession sont donc les héritiers. Il en est ainsi des intérêts et arrérages ainsi que des frais funéraires. Les héritiers en seront tenus *ultra vires*, s'ils ont accepté purement et simplement. Quant aux frais d'éducation, on ne conçoit pas même que le père en soit tenu *ultra vires* : il doit élever les enfants suivant leur *fortune*, dit l'article 385; or, il n'y a de *fortune* ou de biens que déduction faite des dettes (1).

§ V. *Fin de l'usufruit légal.*

335. Aux termes de l'article 384, la jouissance légale dure jusqu'à ce que les enfants aient atteint l'âge de dix-huit ans accomplis. Cette disposition a été proposée, lors de la discussion, par Bigot-Préameneu et formulée par Cambacérès. L'usufruit légal, étant attaché à la puissance paternelle, devrait durer jusqu'à la majorité de l'enfant.

(1) Comparez Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 270, nos 214-218. Pothier, *De la garde noble*, no 97. Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, nos 175 et 176. Demolombe, t. VI, p. 477, no 591.

Telle était la disposition du projet de code civil. Bigot-Préameneu la critiqua : n'y a-t-il pas à craindre, dit-il, que, pour conserver la jouissance, le père ne refuse son consentement à l'émancipation par mariage, et ne compromette ainsi le bonheur de ses enfants (1)? Zachariæ dit que le législateur n'aurait pas dû concevoir un soupçon aussi outrageant, et il a raison. Maleville demande s'il est si urgent que les mineurs se marient à dix-huit ans, et il a encore raison (2). Nous voudrions pouvoir effacer ce texte de notre code.

336. L'article 384 ajoute que la jouissance légale cesse encore par l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. En effet, le père peut émanciper l'enfant dès qu'il a quinze ans, et quand le mariage se fait avec dispense, l'émancipation peut encore avoir lieu plus tôt. Cette disposition est logique. L'émancipation met fin à la puissance paternelle, donc aussi à l'avantage qui y est attaché. A partir de l'émancipation, le père ne fait plus les fruits siens ; s'il les perçoit, il en doit compte. L'article 389 le dit pour les biens dont le père n'a pas l'usufruit; la raison est la même quand l'usufruit cesse. Cela est si évident que nous croyons inutile de citer des arrêts, comme le fait Proudhon (3).

L'émancipation peut être révoquée; dans ce cas, le mineur rentre sous la puissance de son père; l'autorité paternelle reprend tout son empire, donc avec l'avantage que la loi y attache. On objecte que l'usufruit est éteint et qu'il ne pourrait revivre qu'en vertu d'une disposition de la loi. Cette disposition n'existe-t-elle pas dans l'article 384? Il est certain que si après la révocation de l'émancipation, l'enfant acquérait de nouveaux biens, le père en aurait l'usufruit; pourquoi donc ne jouirait-il pas, au même titre, des biens que l'enfant possède? Lui opposera-t-on sa renonciation? Le père n'a renoncé qu'indirectement, comme

(1) Séance du conseil d'Etat du 8 vendémiaire an XI, n° 19 (Locré, t. III, p. 322). Réal, Exposé des motifs, n° 15, p. 333.
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 684, note 22. Maleville, *Analyse raisonnée*, t. Ier, p. 394.
(3) Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 281, n° 232.

conséquence de l'émancipation à laquelle il consent; l'émancipation étant révoquée, elle ne peut plus produire d'effets. Cela décide la question (1).

337. L'article 386 porte que la jouissance légale n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé. C'est une peine que la loi inflige à l'époux coupable. La puissance paternelle n'est pas éteinte par le divorce, mais la loi n'y attache plus de récompense au profit de celui des époux qui, par son crime, a rompu le mariage et causé un préjudice irréparable aux enfants. Il résulte du texte de la loi que cette peine n'est établie que dans le cas où le divorce est prononcé pour cause déterminée. Quand il a lieu par consentement mutuel, on ne peut pas dire qu'il soit prononcé contre l'un des époux. Nous sommes étonné que Proudhon, cet esprit si judicieux, soutienne le contraire. Chacun des époux, dit-il, est coupable. Non, la loi suppose, à la vérité, qu'il y a un coupable, mais elle a permis le divorce par consentement mutuel, précisément pour cacher ce crime. Aux yeux de la loi, il n'y a donc pas de coupable, dès lors il ne peut pas y avoir de peine (2). Il est également certain que la séparation de corps n'entraîne pas la déchéance de l'usufruit légal, les peines étant de stricte interprétation. Il est vrai que le crime de l'époux coupable est le même; mais la faute n'est pas irréparable, puisque les époux séparés peuvent rétablir la vie commune (3).

338. D'après l'article 386, la jouissance de la mère cesse dans le cas d'un second mariage. La coutume de Paris prononçait la déchéance indistinctement contre le mari aussi bien que contre la femme (art. 268). C'est Cambacérès qui proposa d'établir cette distinction. Le père, dit-il, en se remariant, demeure le chef de la famille, tandis que la mère, par son second mariage, passe dans une famille nouvelle : ne serait-il pas injuste qu'elle portât dans

(1) Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 267 ; Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 373, note 17. Demolombe, t. VI, p. 438, n° 555. En sens contraire, Toullier, t. II, n° 1303; Duranton, t. III, n° 396 ; Marcadé, sur l'article 387, n° 7, t. II, p. 173.
(2) Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 177, n° 140.
(3) Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 179, n° 142.

une autre famille les revenus de ses enfants du premier lit, et qu'elle enrichît, à leur préjudice, son nouvel époux(1)? Ce motif ne justifie pas la distinction que la loi fait entre le père et la mère. Le père aussi porte dans une nouvelle famille les revenus de ses enfants. Il est vrai qu'il demeure le chef de cette famille; mais cela ne l'empêchera pas de consacrer les revenus de ses enfants du premier lit aux besoins ou aux plaisirs de sa seconde femme et des enfants du second lit.

L'usufruit revivrait-il si la mère redevenait veuve? Non, dit Proudhon, et à sa suite presque tous les auteurs, parce que l'usufruit éteint ne peut revivre sans une cause qui lui rende l'existence(2). Cela nous paraît trop subtil; l'usufruit ne cesse qu'à raison du second mariage; la cause cessant, l'effet ne doit-il pas cesser? La loi, répond Proudhon, veut que la jouissance légale cesse, en cas de convol, d'être un accessoire de la puissance paternelle. Oui, tant que le second mariage existe; mais s'il est dissous, nous ne sommes plus dans le cas de l'extinction, nous rentrons donc dans la règle. On objecte que l'extinction prononcée par la loi est une espèce de peine. Cela n'est pas exact, et cela eût été très-injuste. Au conseil d'Etat, Réal remarqua que souvent la mère ne se remarie que pour conserver à ses enfants l'établissement formé par leur père et pour s'assurer les moyens de les élever. Si l'usufruit cesse, c'est uniquement pour empêcher la mère de porter les revenus de ses enfants dans une nouvelle famille, c'est-à-dire pour qu'elle n'enrichisse pas son mari. Il n'y aurait qu'une raison de maintenir la déchéance, s'il y avait des enfants du second lit. Mais la loi n'entrant pas dans ces distinctions, nous croyons qu'il faut s'en tenir au principe que la cause de la déchéance cessant, l'effet doit cesser.

L'usufruit revivrait aussi si le mariage était annulé. Pour mieux dire, dans ce cas, il n'a jamais été éteint. En effet, le mariage annulé est considéré comme n'ayant pas existé;

(1) Séance du conseil d'Etat du 8 vendémiaire an XI, n° 23 (Locré, t. III, p. 322).
(2) C'est l'avis de tous les auteurs, à l'exception de Toullier (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 137).

donc il n'y a pas eu d'extinction de l'usufruit. On objecte que la déchéance est une peine, que le code prive la femme de la jouissance légale, parce qu'elle a voulu contracter un second mariage, au préjudice des enfants du premier lit. Nous avons répondu d'avance à l'objection. La disposition n'est pas pénale; elle n'a d'autre but que d'empêcher la femme de porter les revenus de ses enfants dans une nouvelle famille; or, en cas d'annulation du mariage, il n'y a pas de nouvelle famille. On insiste et l'on dit que le mariage annulé produit ses effets quand il est contracté de bonne foi; il faudrait donc décider que si la mère est de bonne foi, elle perd l'usufruit, tandis qu'elle le conserverait si elle était de mauvaise foi : conséquence tellement révoltante, qu'il est impossible de l'admettre. La réponse est facile et péremptoire. En principe, le mariage annulé est considéré comme n'ayant jamais existé. Il y a exception quand le mariage est putatif; mais sur quoi porte l'exception? L'époux de bonne foi peut se prévaloir du mariage, en ce sens qu'il peut invoquer les droits et avantages qui en résultent. Or, dans l'espèce, il ne s'agit pas de droits naissant du mariage, il s'agit d'une déchéance qui est la suite du mariage; dès lors on ne peut plus se prévaloir du mariage putatif, car on ne peut pas invoquer cette fiction contre l'époux dans l'intérêt duquel elle est établie (1).

339. La jouissance légale prend fin par la renonciation du père usufruitier. C'est l'application du droit commun. Tout usufruitier peut renoncer à son droit, de quelque manière qu'il ait été établi (art. 622). Donc l'usufruitier légal doit avoir le même droit. Mais peut-il renoncer à cet usufruit avant qu'il soit ouvert? La question est controversée. Dans l'ancien droit, on admettait la renonciation. Nous croyons qu'elle est aussi valable sous l'empire du code civil. En principe, la question ne souffre même aucun doute. On peut renoncer à un droit éventuel aussi bien qu'à un droit actuel, à moins que la loi ne prohibe la renonciation. Il arrive parfois que le code dé-

(1) Les auteurs sont divisés. Voyez Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 138.

fend de renoncer d'avance à un droit futur : on ne peut renoncer à une succession non ouverte (art. 791) : on ne peut renoncer d'avance à la prescription, tandis que l'on peut renoncer à la prescription acquise (art. 2220). Y a-t-il une loi ou un principe juridique qui prohibe la renonciation à l'usufruit légal? On invoque l'article 1388. Cette disposition défend aux époux de déroger par leurs conventions matrimoniales aux droits résultant de la puissance maritale sur la *personne* de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au *mari* comme *chef*, ainsi qu'aux droits conférés au *survivant des époux* par le titre de la *puissance paternelle*. Le texte laisse quelque doute. En défendant aux futurs époux de déroger aux droits que la loi leur donne sur la *personne* des enfants, l'article 1388 semble leur permettre de déroger aux droits qu'ils ont sur leurs biens. On ne peut pas dire que l'article exclut l'usufruit légal en disant : *qui appartiennent au mari comme chef*; en effet, ces mots concernent les droits du mari comme chef de l'association conjugale, tandis que la jouissance légale lui appartient parce qu'il exerce la puissance paternelle. Reste la disposition relative au *survivant des époux*. Elle ne reçoit pas d'application directe à l'usufruit légal; car la jouissance n'appartient pas seulement au *survivant* des époux, elle appartient au père pendant le mariage. Mais s'il en est ainsi, que veut dire l'article 1388? Il n'y a d'autres droits accordés au *survivant des époux*, au titre de la *Puissance paternelle*, que l'autorité paternelle même et l'usufruit légal. Si l'on exclut l'usufruit, il faut dire que le texte ne s'applique qu'à la puissance paternelle, que la femme n'exerce qu'à la dissolution du mariage. Mais, ainsi entendue, la prohibition ne résultait-elle pas déjà du commencement de l'article? Non. La loi ne parle d'abord que de la puissance *maritale*, des droits du *mari*, ce qui suppose le mariage, et ce qui, en tout cas, ne concerne pas la femme. Il fallait donc ajouter une prohibition pour la femme, en cas de dissolution du mariage. Il suit de là que le texte de l'article 1388 est étranger aux biens. Il est vrai que Treilhard a dit le contraire au sein du conseil d'Etat.

Mais l'opinion isolée d'un membre du conseil ne fait pas loi (1).

Quel est l'effet de la renonciation quant aux charges qui grèvent l'usufruit légal? Il faut appliquer au père usufruitier les principes généraux qui régissent la renonciation à l'usufruit. Nous renvoyons donc la question au titre de l'*Usufruit*. On applique également les principes généraux au cas où la renonciation serait frauduleuse. Sur ce point, nous avons un texte. L'article 622 porte que les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice. Il est certain que ce droit appartient aux créanciers du père usufruitier : c'est le droit commun consacré par l'article 1167. Telle est aussi la doctrine et la jurisprudence (2). Il y a un léger doute sur la portée de ce principe. Les créanciers peuvent-ils soutenir que l'émancipation consentie par le père implique une renonciation frauduleuse à l'usufruit légal? Dans l'ancien droit, la question était jugée communément contre les créanciers. Cette opinion est suivie par la plupart des auteurs sous l'empire du code civil. Il y a une raison péremptoire, à notre avis, pour le décider ainsi. L'action paulienne suppose un acte d'intérêt pécuniaire fait au préjudice des créanciers. Or, quel est l'acte que, dans l'espèce, les créanciers devraient attaquer? Ce n'est pas une renonciation, il n'y en a pas; c'est l'émancipation, et l'émancipation est un droit de la puissance paternelle, un droit d'ordre public; donc les créanciers ne peuvent pas en demander la nullité. Quant à l'extinction de l'usufruit légal, c'est une conséquence que la loi attache à l'émancipation; ce n'est donc pas une renonciation (3).

340. Le survivant des époux mariés sous le régime

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 402, § 504, note 3. L'opinion contraire est généralement enseignée (Demolombe, t. VI, p. 374, n° 491).

(2) Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n[os] 170, 171. Arrêt de la cour de cassation du 11 mai 1819 (Dalloz, au mot *Lois*, n° 238, 2°).

(3) C'est l'opinion de tous les auteurs, sauf le dissentiment de Merlin (Demolombe, t. VI, p. 479, n° 594). La cour de cassation n'adopta pas les conclusions de Merlin (*Questions de droit*, au mot *Usufruit paternel*, § I).

de la communauté doit faire inventaire. S'il y a des enfants nés du mariage, le défaut d'inventaire fait perdre au survivant la jouissance de leurs revenus. C'est une véritable peine que la loi prononce. L'article 1442 donne lieu à bien des difficultés, que nous examinerons au titre du *Contrat de mariage.*

341. Quand les enfants d'un héritier indigne sont appelés à une succession à l'exclusion de leur père, celui-ci ne peut réclamer l'usufruit légal des biens qui composent l'hérédité (art. 730). L'indignité est également une peine, mais comme la cause est spéciale, l'effet est aussi spécial; il est limité aux biens dont le père est privé à raison de son indignité. Le père conserve donc la jouissance des autres biens de l'enfant.

342. Les père et mère qui ont excité, favorisé ou facilité la prostitution de leur enfant sont privés des droits et avantages que le code civil leur accorde sur la personne et les biens de l'enfant (art. 335, reproduit par le code pénal belge, art. 382). Marcadé dit que la déchéance est générale dans ce cas, c'est-à-dire que le père coupable perd la jouissance des biens de tous ses enfants. Nous regrettons de ne pouvoir admettre cette opinion. Certes le père mériterait d'être déchu de la puissance paternelle, comme Marcadé le suppose, mais le texte est restrictif; le père conserve son autorité sur ses autres enfants, et partant la jouissance légale qui y est attachée. C'est l'opinion commune des interprètes (1).

343. L'usufruit légal s'éteint par la mort de l'enfant. Cette cause d'extinction n'est pas prévue par le code civil. On l'admettait dans l'ancien droit (2); et on doit aussi l'admettre dans le droit moderne. La loi accorde au père la jouissance des biens de ses enfants, comme récompense des soins qu'il donne à leur éducation; le devoir d'éducation cessant à la mort de l'enfant, l'avantage qui y est attaché doit aussi cesser. L'article 384 prouve que tel est le système du code, puisqu'il fait cesser l'usufruit quand

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 373, note 17.
(2) Pothier, *De la garde noble et bourgeoise*, n° 99.

l'enfant est émancipé. C'est l'avis unanime des auteurs (1).

344. L'usufruit cesse-t-il aussi quand le père ne remplit pas les charges que l'article 385 lui impose? Quant à l'abus de jouissance, il n'y a pas de doute. L'usufruitier légal est soumis au droit commun; or, d'après l'article 618, l'usufruit prend fin par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance. Peut-on appliquer cette disposition par analogie aux charges spéciales qui grèvent la jouissance du père? Il ne pourvoit pas à l'éducation de l'enfant : encourra-t-il la déchéance de l'usufruit? Nous croyons que les tribunaux pourraient prononcer la révocation de l'usufruit. L'article 618 est l'application d'un principe général, lorsqu'il s'agit de l'usufruit établi à titre gratuit. Quand une donation est faite avec charge, elle peut être révoquée si le donataire n'exécute pas les charges (art. 954). Il en est de même des dispositions testamentaires (art. 1046). Or, la jouissance légale est une libéralité. C'est la loi qui la fait, mais cette circonstance ne peut pas modifier les principes. L'usufruitier légal, en acceptant l'usufruit que la loi lui accorde, s'oblige à remplir les charges que la loi y attache; s'il manque à cet engagement, il encourt la déchéance, aussi bien que le donataire ou le légataire. On le décide ainsi, sans hésiter, quand le père usufruitier abuse de sa jouissance. Si, pour avoir violé ses obligations d'usufruitier ordinaire, il peut être privé de la jouissance légale, à plus forte raison doit-il être déchu quand il ne remplit pas le devoir d'éducation; cette charge n'est-elle pas beaucoup plus importante que la gestion des intérêts pécuniaires? On décide encore, sans hésiter, que l'usufruit légal cesse quand le devoir d'éducation cesse; à plus forte raison doit-on admettre que l'usufruit s'éteint quand ce devoir n'est pas rempli. Nous objectera-t-on que, dans notre opinion, le père ne peut jamais être privé de l'administration légale, sauf en vertu d'une condamnation criminelle? Nous avons répondu d'avance à l'objection. L'administration est une dépendance de la puissance pa-

(1) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 147.

ternelle, et, comme telle, d'ordre public; tandis que l'usufruit légal est un droit pécuniaire. On peut et l'on doit appliquer à l'usufruit les principes généraux qui régissent les droits pécuniaires, tandis que la puissance paternelle reste en dehors de ces principes (1).

Le droit ancien donne un grand poids à cette opinion. « Si le gardien, dit Pothier, ne satisfait pas à ses obligations, s'il ne donne pas à ses mineurs les aliments ni l'éducation convenables, il peut être poursuivi par le tuteur, ou, à défaut de tuteur, par les proches parents des mineurs, pour être condamné à remplir la charge qui lui incombe; s'il continuait à manquer à ce qui serait ordonné par le juge, on pourrait l'y contraindre par saisie des revenus des mineurs, et même, selon les circonstances, on pourrait le priver de la garde. » Nous avons cité ce passage pour montrer quels égards on doit à la puissance paternelle; mais les égards ont une limite; quand un droit est violé et que ce droit constitue une charge attachée à une libéralité, la mesure extrême sera la révocation de la libéralité. Il y a cependant une difficulté pour l'application des principes posés par Pothier. Il admet les proches parents à agir; dans notre droit moderne, cela est inadmissible. Il faut un intérêt né et actuel pour agir; l'intérêt moral ne donne action que quand la loi le dit. Nous ne voyons que la mère qui puisse agir. Encore cela est-il douteux.

Du reste, la même difficulté se présente dans l'opinion contraire. L'on admet que le tribunal peut prescrire des mesures pour l'accomplissement des charges qui sont attachées à l'usufruit légal. Qui provoquera ces mesures? Il y a lacune dans le code. Dans le silence de la loi, les tribunaux admettraient, croyons-nous, la mère à agir. Elle a aussi le devoir d'élever ses enfants; si le père ne remplit pas ce devoir alors qu'il y est strictement tenu comme usu-

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 245, no 190. Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 205, no 132 *bis* VII. Il y a un arrêt de Paris en ce sens, du 4 février 1832 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, no 159). En sens contraire, Demolombe, t. VI, p. 483, no 599; Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 686, note 33.

fruitier, peut-on sérieusement lui opposer l'article 372, qui donne au père seul l'exercice de l'autorité paternelle? Est-ce exercer une autorité que de ne pas remplir le devoir essentiel dans lequel elle consiste?

La jurisprudence est, en général, contraire à l'opinion que nous venons d'enseigner (1). Elle se fonde sur l'absence d'un texte qui prononce la déchéance. S'il s'agissait d'une disposition pénale, on pourrait, à la rigueur, soutenir qu'il n'y a pas de loi qui prononce cette peine. Mais la déchéance est plutôt la conséquence d'un principe de droit civil, comme nous croyons l'avoir établi. L'adage qu'il n'y a pas de peine sans loi pénale doit donc être écarté.

344 *bis*. On demande si l'usufruit légal peut être révoqué pour cause d'inconduite notoire. Les auteurs n'examinent la question que pour la mère veuve. Elle peut se présenter aussi pour le père veuf, et même pendant la durée du mariage, et nous ne voyons pas qu'en cas d'immoralité publique, il y ait une différence à faire entre l'homme et la femme. Si la question que nous posons pouvait être résolue d'après les principes qui régissent la puissance paternelle, on devrait sans hésiter la decider contre l'usufruitier. Nous venons de dire que le père qui ne remplit pas les charges pécuniaires que la loi lui impose peut être privé de la jouissance légale. Si le père qui n'emploie pas les revenus de ses enfants à les élever selon leur fortune perd l'usufruit, le père, bien plus coupable, qui donne à ses enfants l'exemple de l'immoralité, conservera-t-il une jouissance que la loi lui accorde comme récompense des soins qu'il doit à leur éducation? Sans doute, ce père est mille fois plus coupable. Mais quelque grave que soit sa faute, il faut voir si la loi, ou, à défaut d'un texte, si les principes permettent d'enlever au père l'usufruit qu'il tient de la loi.

Posée en ces termes, la question doit être décidée négativement. La loi prévoit les diverses causes pour lesquelles la jouissance légale cesse. L'inconduite notoire ne figure pas parmi ces causes; donc elle ne peut pas être invoquée

(1) Arrêt de Besançon du 1er août 1844 (Dalloz, 1845, 2, 170), les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 157, et arrêt de Montpellier du 25 août 1864 (Dalloz, 1865, 2, 25).

contre le père usufruitier. Priver le père de son usufruit pour inconduite, ce serait lui infliger une peine; or, il n'y a pas de peine sans loi pénale. Les principes sont d'accord avec les textes. La jouissance légale est une dépendance de la puissance paternelle; elle doit donc subsister aussi longtemps que dure l'autorité du père sur ses enfants. Or, dans notre opinion, la puissance paternelle ne cesse pas par l'inconduite du père; il ne peut pas être destitué. Dès lors, il doit conserver l'usufruit que la loi attache à l'exercice de son autorité; il ne peut du moins le perdre que dans les cas prévus par la loi. Nous avons admis, il est vrai, que l'usufruit légal peut être révoqué quand l'usufruitier ne remplit pas les charges qui grèvent sa jouissance. Mais nous supposons qu'il les remplit; il élève ses enfants selon leur fortune. Dès lors, il n'y a ni texte ni principe qui autorisent le juge à lui enlever la jouissance légale (1).

Les cours ont décidé la question en divers sens. Elle s'est présentée dans des circonstances qui étaient aggravantes pour le père ou la mère. Le survivant des époux est tuteur; or, le tuteur peut être destitué de la tutelle pour inconduite notoire (art. 444). Cette destitution ne doit-elle pas entraîner la déchéance de l'usufruit légal? La cour de Limoges l'a décidé ainsi. Destituée de la tutelle, dit l'arrêt, la mère ne peut plus élever ses enfants, puisqu'on ne peut pas laisser les enfants auprès d'une mère qui leur donnerait le funeste exemple de l'immoralité; la mère cessant de remplir les obligations que la loi lui impose, il y a lieu de la priver du droit d'usufruit, le droit et l'obligation étant corrélatifs. Au point de vue moral, rien n'est plus vrai (2). Mais les charges établies par l'article 385 sont des obligations pécuniaires; la mère satisfait à son obligation en élevant les enfants suivant leur fortune. Elle les élève mal, soit; mais aucune loi ne permet de la priver de la puis-

(1) C'est l'opinion de Duranton, t. III, p. 380, n° 388. Marcadé, t. II, p. 172, art. 387, n° VI. Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 201, n° 131 *bis* IV. Demolombe, t. VI, n° 565, p. 450. En sens contraire, Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 183, n° 146.

(2) Limoges, 23 juillet 1824 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 140).

sance paternelle, ni de la jouissance légale, par le motif qu'elle élève mal ses enfants. C'est ce que dit la cour d'Aix, tout en regrettant que la loi ne prononce pas la déchéance pour inconduite notoire : malgré la destitution de la tutelle, la mère conserve la puissance paternelle, donc aussi l'usufruit qui y est attaché (1). Cela est décisif.

345. La question que nous débattons présente encore une autre difficulté. Si le survivant s'excuse ou est destitué de la tutelle, il conserve néanmoins la puissance paternelle et l'usufruit légal. Mais l'administration des biens ne peut-elle pas être enlevée au conjoint survivant pour être conférée au tuteur? La jurisprudence l'admet, alors même que le tuteur légitime serait simplement démissionnaire. Est-il vrai, comme le dit la cour de cassation, que cette interprétation de la loi concilie les droits du tuteur avec ceux du conjoint survivant, le tuteur gérant les biens, et le survivant recevant le produit net des revenus, déduction faite des frais d'éducation? Nous ne le croyons pas. Si le survivant conserve l'usufruit, il a par cela même le droit de jouir ; cela est de l'essence de l'usufruit. Le tuteur administre, il est vrai, les biens du mineur ; mais si parmi ces biens il y en a qui sont grevés d'un droit réel, le tuteur doit respecter ce droit, car il en résulte que la propriété du mineur n'est plus entière, elle est démembrée ; et le tuteur ne peut administrer les biens du mineur que dans l'état où ils se trouvent, c'est-à-dire en tenant compte de ce démembrement et du droit qui en résulte pour les tiers. S'il s'agissait d'un usufruit ordinaire, cela ne ferait pas l'ombre d'un doute. Eh bien, y a-t-il, sous ce rapport, une différence entre l'usufruit ordinaire et l'usufruit légal? La cour de cassation le dit, mais nous cherchons vainement des textes ou des principes qui établissent cette différence (2).

Il n'y a qu'un seul cas dans lequel l'usufruitier peut être privé de la jouissance, c'est le cas d'abus, prévu par l'arti-

(1) Arrêts d'Aix du 30 juillet 1813 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 141), de Paris du 28 décembre 1810 (Dalloz, *ibid.*, n° 142), de Besançon du 1er août 1844 (Dalloz, 1845, 2, 170).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 19 avril 1853 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 159).

cle 618. La loi donne alors au juge un pouvoir discrétionnaire : il peut ordonner telles mesures qu'il juge convenables pour concilier les droits de l'usufruitier et ceux du nu propriétaire. Mais l'inconduite, les désordres de l'usufruitier ne justifieraient pas l'intervention du tribunal. L'insolvabilité même ne serait pas un motif légal; la loi a pourvu au danger, pour l'usufruit ordinaire, en obligeant l'usufruitier de donner caution ; l'usufruitier légal étant dispensé de donner caution, le mineur reste sans garantie légale, en cas d'insolvabilité, et nous ne voyons pas de quel droit le juge établirait des garanties que le législateur n'a pas voulu prescrire (1).

346. Quand l'usufruit légal cesse, la jouissance se réunit à la nue propriété. Ce principe ne reçoit-il pas exception lorsque la mère vit au moment où l'usufruit du père s'éteint? Le divorce est prononcé contre le père, il est déchu de la puissance paternelle, il est exclu comme indigne; dans ces divers cas, ne peut-on pas dire que l'usufruit passera à la mère? En principe, l'usufruit légal doit appartenir à celui qui exerce la puissance paternelle. De là suit que si la mère exerce la puissance paternelle, par la même cause qui a fait cesser l'usufruit du père, elle doit aussi avoir la jouissance que la loi accorde comme une récompense du devoir d'éducation.

Lorsque le père est déchu de son autorité par suite d'une condamnation pénale, c'est la mère qui exerce la puissance paternelle, c'est donc elle qui aura l'usufruit légal. Il y a cependant un motif de douter. L'article 384 dit que le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants. Proudhon, s'en tenant à la lettre de la loi, en conclut que la mère ne peut pas avoir la jouissance légale pendant le mariage. A cela Marcadé répond, et la réponse est péremptoire, que l'article 373 dit aussi que le père *seul* exerce l'autorité paternelle durant le mariage, ce qui n'empêche pas qu'en cas de déchéance du père, cette autorité ne passe à la mère. Or, si malgré la

(1) Comparez Demolombe, t. VI, p. 488, n[os] 601, 602.

rédaction très-restrictive de l'article 373, la mère exerce, durant le mariage, la puissance paternelle, la rédaction moins restrictive de l'article 384 ne peut pas être un obstacle à ce qu'elle ait la jouissance attachée à l'autorité qui lui appartient. Pourquoi aurait-elle la charge sans la récompense? Ne veut-on pas lui donner la récompense, à cause du texte de l'article 384, alors il ne faut pas lui donner la charge, à cause du texte de l'article 373, ce qui conduirait à cette absurdité que personne n'aurait la puissance paternelle (1)!

En cas de divorce, la question doit, nous semble-t-il, être décidée par les mêmes principes. Les enfants seront régulièrement confiés à la mère qui a obtenu le divorce; c'est donc elle qui exerce la puissance paternelle, donc elle doit avoir la jouissance légale. Même quand les enfants sont confiés à une tierce personne, la mère conserve le droit de surveiller leur éducation, dit l'article 303, donc la puissance paternelle, et comme conséquence l'usufruit (2).

Il n'en est pas de même quand le père est exclu d'une succession comme indigne. Il conserve la puissance paternelle. Or, si la mère n'exerce pas la puissance paternelle, elle n'a aucun titre à réclamer l'usufruit légal. Il s'éteindra donc, sauf à la mère à l'exercer en cas de prédécès du père.

(1) Marcadé, t. II, p. 159, art. 384, n° II. En sens contraire, Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 178, n° 141. Demolombe, t. VI, p. 364, nos 482-484.

(2) Nous l'avons déjà décidé ainsi au titre du *Divorce*, t. III des *Principes*, p. 341, n° 296.

CHAPITRE II.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS NATURELS

§ Ier. *A qui appartient-elle?*

347. Le code Napoléon accorde la puissance paternelle aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus; mais il ne dit pas qui l'exerce, il ne dit pas si celui qui en a l'exercice a les mêmes droits que les père et mère légitimes; il ne s'explique que sur le pouvoir de correction, en déclarant applicables aux père et mère naturels les articles 376, 377, 378 et 379. Il y a des lacunes incontestables. Comment les combler? Y a-t-il un principe qui puisse guider l'interprète, et quel est ce principe? En théorie, il est facile de répondre; c'est l'intérêt de l'enfant. Mais à qui est-ce à sauvegarder cet intérêt? et quels sont les droits de celui qui a le devoir d'éducation? Les auteurs ne s'accordent pas plus sur le principe que sur les questions d'application. Ils aboutissent le plus souvent à reconnaître aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire : c'est leur donner le pouvoir de faire la loi, ce qui n'est pas admissible. Nous croyons qu'il faut s'en tenir au texte du code. Il s'agit d'une matière d'ordre public; le législateur seul peut établir des obligations et donner des droits, quand l'état des personnes est en cause, parce que c'est la loi qui crée l'état, et par suite les droits et les obligations qui en résultent (1).

348. Qui exerce l'autorité paternelle? Si l'enfant naturel n'est reconnu que par l'un de ses père et mère, il n'y a

(1) Voyez, sur la diversité des principes suivis par les auteurs, Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 84, note 7, § 571.

pas de question. Mais la question est très-controversée quand l'enfant est reconnu par ses père et mère. D'après le texte et d'après l'esprit de la loi, il faut décider que la puissance paternelle appartient à titre égal au père et à la mère. La disposition de l'article 373, aux termes de laquelle le père seul exerce cette puissance durant le mariage, n'est pas applicable aux parents naturels. Quant à la lettre de la loi, la chose est évidente, et l'esprit de la loi est d'accord avec le texte. Pourquoi le législateur donne-t-il au père l'exercice exclusif de la puissance paternelle? Parce que c'est lui qui a la puissance maritale, parce qu'il est le chef de la famille. Or, là où il n'y a pas de mariage, il n'y a pas de famille, il n'y a pas de chef. A quel titre donc donnerait-on la préférence au père? L'article 383 vient à l'appui de notre opinion; il donne le même pouvoir de correction aux père et mère; or, le pouvoir de correction est le droit le plus énergique qui appartienne aux parents pour l'accomplissement de leur devoir. Le code, mettant les père et mère sur la même ligne quant au droit attaché à la puissance paternelle comme moyen, décide par cela même qu'ils sont sur un pied d'égalité quant au devoir. D'ailleurs la nature nous le dit : la mère et le père contractent la même obligation envers l'enfant auquel ils donnent le jour. Or, la puissance paternelle est essentiellement un devoir. Cela décide la question.

On oppose l'article 158, qui, pour le consentement au mariage de l'enfant naturel, donne voix prépondérante au père. La réponse est facile et elle nous paraît péremptoire; le consentement au mariage n'est pas un attribut essentiel de la puissance paternelle, pas même de la parenté, quand il s'agit d'un enfant naturel, car il peut se marier avec le consentement d'un tuteur *ad hoc*, lorsqu'il est sans père ni mère (art. 159). Donc la disposition de l'article 158 ne peut pas être considérée comme l'application d'un principe. Il y a, en effet, une grande différence entre le consentement au mariage et l'exercice de la puissance paternelle. Consentir au mariage est un fait isolé, accidentel, qui ne se présente qu'une fois. Quand il y a dissentiment entre deux personnes appelées à consentir, il faut nécessaire-

ment donner la prépondérance à l'avis de l'une d'elles. Le législateur s'est prononcé pour le père, sans raison de droit ni de fait, on peut le dire, par suite d'un vieux préjugé qui donne la prépondérance à l'homme. La puissance paternelle, au contraire, s'exerce journellement; ici les droits de la mère naturelle sont les mêmes que ceux du père, parce que ses devoirs sont les mêmes (1).

349. Le principe abstrait que nous venons de poser est loin de suffire. Il faut l'appliquer à la réalité des choses. En fait, les père et mère naturels vivent rarement ensemble. Il est plus rare encore que les enfants habitent la maison paternelle; d'ordinaire c'est la mère qui les soigne, qui les entretient, qui les élève. A qui appartiendra, dans cet état de choses, l'exercice de la puissance paternelle? La difficulté, dont la théorie se préoccupe tant, se présentera rarement dans la vie réelle; le père, malheureusement, ne demande pas mieux que de se décharger sur la mère du devoir que la nature lui impose. Toujours est-il qu'il faut prévoir le cas où il voudrait concourir à l'exercice de l'autorité paternelle. Les père et mère ayant un droit et un devoir égal, il est certain que la mère, quoique chargée seule du soin des enfants, n'aura pas l'exercice exclusif d'une autorité qui appartient au père aussi bien qu'à elle. En droit, l'on peut dire que c'est la mère qui aura l'exercice journalier de la puissance paternelle; mais le père aura le droit d'intervenir pour surveiller et diriger, de commun accord avec la mère. Nous citerons, à titre d'analogie, ce que la loi décide en cas de divorce. Les époux divorcés ont l'un et l'autre la puissance paternelle; l'article 373 n'est plus applicable, puisque le mariage est rompu. D'abord la loi dit à qui les enfants seront confiés, puis elle ajoute que quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les *père et mère* conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants (art. 302 et 303). L'analogie est grande entre cette position et celle des père et mère naturels : pas de ma-

(1) Toullier, t. II, nº 1076. Duranton, t. III, nº 360. En sens contraire, Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 85 et note 8.

riage : des père et mère ayant un droit égal et le même devoir. La décision doit aussi être identique (1).

350. S'il y a conflit entre le père et la mère, qui le videra? Naturellement les tribunaux. Les auteurs s'accordent à dire que les juges ont, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire (2). Cela nous paraît trop absolu. Il ne faut pas oublier que la puissance paternelle est d'ordre public, et elle ne cesse pas d'avoir ce caractère quand les enfants sont naturels. Dès lors, on doit appliquer les principes généraux qui régissent les matières d'ordre public. La puissance paternelle ne peut pas faire l'objet de conventions ; il n'y peut être dérogé par des donations ou des testaments, et le juge aussi n'y peut déroger. Nous n'admettons donc pas que le donateur ou le testateur puisse ajouter cette condition à sa libéralité, que l'enfant sera confié à une personne désignée, autre que le père ou la mère ; et nous n'admettons pas davantage que les tribunaux aient ce pouvoir en l'absence de toute convention. Vainement invoquerait-on les dispositions sur le divorce que nous venons de citer ; elles sont spéciales et exceptionnelles. La dérogation que le code apporte, en cas de divorce, à la puissance paternelle, s'explique par les torts des époux et par l'intérêt des enfants. Mais précisément parce que c'est une dérogation, on ne peut pas l'étendre aux père et mère naturels. Sans doute, le législateur aurait pu, dans l'intérêt des enfants naturels, donner au juge un pouvoir discrétionnaire; mais il ne l'a pas fait. Dans le silence de la loi, il faut maintenir le principe que l'autorité paternelle appartient aux père et mère; la seule mission des tribunaux sera de décider les contestations qui pourront s'élever entre ceux qui exercent cette autorité.

Nous avons supposé jusqu'ici que les père et mère vivaient séparément. Les principes restent les mêmes, en cas de vie commune. C'est une communauté de fait, qui ne donne aucun droit au père, aucune prépondérance.

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 189, n° 128 *bis* II. Chaque auteur a pour ainsi dire son système. Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 190.
(2) Demolombe, t. VI, p. 503, n° 621.

L'autorité paternelle devra donc être exercée de commun accord; en cas de dissentiment, le juge décidera la contestation comme nous venons de le dire.

351. La jurisprudence, dans le silence de la loi, tend naturellement à donner un grand pouvoir au juge. Il y a des arrêts qui sont conformes à l'opinion que nous venons d'énoncer. La cour de Paris a jugé que les père et mère naturels peuvent être assimilés à des époux divorcés. Dans l'espèce, le père réclamait la garde de l'enfant; la cour s'est prononcée en faveur de la mère, par des motifs péremptoires. La mère n'avait cessé de prodiguer à son enfant les soins les plus affectueux, tandis que le père ne s'était jamais occupé de sa fille; il n'avait rien fourni pour son entretien, et ne lui avait jamais donné une marque d'affection. Il s'était seulement rappelé qu'il avait une fille quand celle-ci avait acquis quelque fortune par la libéralité d'un bienfaiteur, et il n'invoquait les droits de la puissance paternelle que pour obtenir l'administration et la jouissance de ses biens. La cour, tout en confiant l'enfant à sa mère, réserva au père le droit de surveiller l'éducation de sa fille (1).

Il y a des arrêts qui vont plus loin. On a jugé que les père et mère naturels n'avaient pas la puissance paternelle, telle que le code la donne aux père et mère légitimes; et on en a conclu que les conventions qui réglaient l'exercice de cette autorité devaient recevoir leur exécution, alors même qu'elles restreignaient les droits du père. Cela nous paraît inadmissible. La cour de Caen invoque l'article 383, qui déclare applicables aux père et mère naturels certains articles concernant le pouvoir de correction; elle dit que ces restrictions témoignent que l'intention du législateur a été de ne pas leur conférer une autorité aussi étendue que celle dont jouissent les parents légitimes : ce qui se comprend, ajoute l'arrêt, car ils sont au moins con-

(1) Pau, 13 février 1822 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 196). Dans le même sens, Agen, 16 frimaire an XIV; Bruxelles, 23 décembre 1830 (Dalloz, *ibid.*, n° 186, 1°), et deux arrêts de Bruxelles qui confient l'éducation de l'enfant au père, tout en maintenant les droits de la mère (arrêts du 8 août 1864, *Pasicrisie*, 1864, 2, 32, et du 3 avril 1867, *Pasicrisie*, 1867, 2, 270).

vaincus de légèreté, et le plus souvent le désordre de leurs mœurs les rend peu dignes de diriger l'éducation de leurs enfants. Nous dirons plus loin quel est le sens de l'article 383; loin de restreindre l'autorité des père et mère naturels, il l'étend. Sans doute les considérations morales que la cour de Caen suppose au législateur auraient dû le déterminer à limiter les droits des père et mère naturels, en donnant une espèce de contrôle aux tribunaux; mais il suffit de lire le titre de la *Puissance paternelle* pour voir qu'il ne l'a pas fait, et il n'appartient certes pas à l'interprète de corriger la loi (1).

Il a encore été jugé qu'un testateur pouvait mettre comme condition à son legs que la mère naturelle devait s'en remettre entièrement, pour l'éducation de son enfant, à l'administrateur nommé pour gérer les biens légués (2). Certes, s'il s'agissait d'un enfant légitime, une condition pareille serait réputée non écrite, comme contraire à une loi d'ordre public. Y aurait-il donc deux puissances paternelles essentiellement différentes, l'une d'ordre public, l'autre qui serait en quelque sorte dans le commerce, en ce sens qu'il serait permis d'y déroger, que dis-je? de l'abolir? En effet, qu'est-ce que la puissance paternelle, sinon le devoir d'éducation? Un testateur peut-il défendre à la mère de remplir ses devoirs de mère? A toutes ces questions nous répondons non, sans hésiter. Le législateur seul aurait pu modifier la puissance paternelle, et il ne l'a pas fait. Nous le regrettons et nous comprenons que les tribunaux aient fait ce que le législateur aurait dû faire. Mais l'interprète a pour mission d'exposer les principes, sauf à signaler les lacunes quand il en trouve. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de Lyon. La mère d'un enfant naturel le fait inscrire sous de faux noms, elle l'abandonne à la pitié et à la charité des étrangers qui l'ont recueilli; elle ne remplit aucun devoir de la maternité, et continue à vivre dans une vie de désordre. Puis quand son enfant devient riche par l'insti-

(1) Caen, 27 août 1828 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 186, 2°).
(2) Amiens, 12 août 1837 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 189).

tution testamentaire de son bienfaiteur, elle réclame la garde et l'éducation de l'enfant qu'elle avait délaissé. La cour rejeta sa demande et confia l'enfant à une tierce personne, en se fondant sur le pouvoir que l'article 302 donne au juge quand les époux sont divorcés (1). Nous avons répondu d'avance à l'argument juridique. Quant aux motifs moraux, nous les recommandons au législateur.

§ II. *Droits des père et mère naturels sur la personne de l'enfant.*

352. Ces droits sont en général les mêmes que ceux des père et mère légitimes. Dans le système du code, il n'y a aucune raison de faire une différence entre les enfants légitimes et les enfants naturels, en ce qui concerne la puissance paternelle. S'il s'agissait d'un pouvoir établi au profit des parents, on conçoit que le législateur n'aurait pu l'accorder qu'avec des restrictions aux père et mère naturels, pour ne pas encourager le concubinage en le mettant sur la même ligne que le mariage. Mais la puissance paternelle n'est plus une puissance, c'est un devoir; ce devoir découle du fait de la paternité, qu'elle soit légitime ou illégitime. S'il y avait une différence à établir, il faudrait la faire en faveur des enfants naturels. Malheureux par leur naissance, puisqu'elle est entachée d'illégitimité, ayant moins de droits à exercer puisqu'ils n'ont pas de famille, n'est-ce pas un devoir plus strict pour le père et la mère de veiller à leur éducation avec une sollicitude particulière? Outre l'affection qu'ils doivent à leurs enfants, ils ont encore une faute à effacer.

Le code suit-il ce principe? On pourrait croire, à première vue, que l'article 383 établit un principe contraire, en créant une puissance spéciale pour les père et mère naturels; il porte : « Les articles 376, 377, 378 et 379 seront communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus. » Est-ce à dire que ces dispositions

(1) Lyon, 8 mars 1859 (Dalloz, 1859, 2, 141).

soient les seules que l'on doive appliquer aux parents naturels? Tel ne peut être le sens de la loi. En effet, il en résulterait que les père et mère n'auraient pas la puissance paternelle sur les enfants illégitimes; car l'article 383 ne renvoie pas à l'article 372, aux termes duquel l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Cela est absurde. La loi donne aux pères et mères naturels le droit de correction, ce qui implique le droit ou le devoir d'éducation; or, la puissance paternelle n'est pas autre chose. Donc l'article 383 accorde implicitement aux pères et mères naturels l'autorité qu'elle donne aux pères et mères légitimes. Il n'y a de différence que pour le pouvoir de correction; voilà pourquoi la loi en parle spécialement.

353. L'enfant naturel doit, à tout âge, honneur et respect à ses père et mère, aussi bien que l'enfant légitime. Nous avons dit que l'article 371 qui prescrit ce devoir est une maxime morale plutôt qu'un principe juridique. En faut-il conclure que les dispositions que la doctrine considère comme des conséquences de cet article ne doivent pas s'appliquer à l'enfant naturel? Le code lui-même déclare que l'enfant naturel, de même que l'enfant légitime, doit demander le consentement de ses père et mère pour son mariage (art. 158). De là suit qu'il faut aussi appliquer à l'enfant naturel les dispositions qui découlent de cette obligation. Tel est l'article 283, qui exige le consentement des père et mère pour le divorce par consentement mutuel. Tels sont les articles 346 et 361, qui demandent le consentement des père et mère pour l'adoption et la tutelle officieuse. Le droit de consentir au mariage a pour conséquence le droit de former opposition (art. 173) et le droit de demander la nullité du mariage (art. 182, 184 et 191). Donc les père et mère naturels ont le même droit. Il n'y a aucun doute sur tous ces points.

354. Le code ne parle pas du droit ou du devoir d'éducation au titre de la *Puissance paternelle*. Il en traite dans l'article 203. D'après la lettre de cet article, il faudrait dire que les père et mère naturels n'ont pas ce devoir. En effet, la loi dit que les *époux* contractent, par le fait seul

du *mariage*, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants; elle semble donc dire que le devoir d'éducation naît du mariage. C'est une fausse théorie, à laquelle l'article 383 donne un démenti. En accordant aux pères et mères naturels le pouvoir de correction, la loi suppose qu'ils ont le devoir d'éducation; ce qui implique que l'article 203 leur est applicable, malgré sa mauvaise rédaction. La remarque n'est pas sans importance. Elle prouve que quand il s'agit d'étendre aux père et mère naturels une disposition qui parle des père et mère légitimes, il ne faut pas s'arrêter devant le mot de *mariage* qui s'y trouve: il suffit que le droit ou le devoir qu'elle établit découle de la notion de puissance paternelle, pour qu'on doive l'étendre aux enfants naturels et à leurs père et mère. Il n'y aurait d'exception que si le mariage était une condition ou un élément essentiel de ce droit ou de ce devoir. Il est évident qu'il n'en est pas ainsi du devoir d'éducation.

355. Les père et mère naturels ont-ils le droit de garde? Ils l'ont par cela seul que le code leur donne le pouvoir de correction. Ce droit suppose que les parents ont l'enfant sous leurs yeux, qu'il habite avec eux et qu'il n'a pas le droit de quitter la maison paternelle sans leur consentement. C'est dire que l'article 374 est applicable à l'enfant naturel. Il reçoit cependant une modification. Si l'enfant habite avec sa mère, c'est elle qui aura la garde, c'est elle qui devra consentir à ce que l'enfant quitte la maison maternelle. Le père n'exercera pas, en ce cas, le droit de garde, car on ne conçoit pas que le droit de garde appartienne à celui qui ne garde pas l'enfant.

356. Le pouvoir de correction est le seul qui donne lieu à des difficultés, et c'est cependant le seul dont la loi parle. S'il y a des controverses, c'est que l'on s'est écarté du texte et en s'en écartant, on a été dans la nécessité de faire la loi. Nous allons voir que c'est à cela qu'aboutit la doctrine. Les articles 376-379, auxquels l'article 383 renvoie, établissent les règles générales sur le pouvoir de correction, quand il est exercé par le père, notamment en ce qui concerne le droit d'ordonner la détention, le droit de la requérir, ainsi que la durée de l'emprisonnement.

A qui ce pouvoir appartient-il? L'article 383 répond : Aux père et mère. Lequel des deux en aura l'exercice? D'après les principes que nous avons posés, il faut répondre que chacun des père et mère a le droit de détention, puisque la puissance paternelle leur appartient à titre égal. Il faudrait donc le concours des père et mère pour faire détenir l'enfant. C'est la conséquence logique du droit égal qui leur appartient. On objecte que le père a la prépondérance quand il s'agit de consentir au mariage de l'enfant naturel; mais qu'est-ce que le consentement au mariage a de commun avec le pouvoir de détention? Voyez à quoi aboutirait une pareille doctrine. C'est la mère qui élève l'enfant; le père vit loin d'elle et ne s'occupe pas de l'enfant auquel il a donné le jour; il ne sait donc pas s'il y a lieu de le corriger ou non, et c'est cependant lui et lui seul qui exercerait le pouvoir de correction! C'est celui qui élève l'enfant qui a le droit de le corriger. Si nous admettons que les père et mère doivent concourir, c'est qu'ils ont réellement le même droit, et le législateur seul aurait pu en attribuer l'exercice exclusif à l'un d'eux. Dans le silence de la loi, il faut permettre au père d'intervenir, s'il le veut, ainsi qu'à la mère, si le père avait la garde. Cela n'est certes pas sans inconvénient, mais c'est à la loi qu'il faut s'en prendre (1).

357. Le code limite le pouvoir de correction du père légitime quand il se remarie; il ne lui permet plus d'ordonner la détention de ses enfants du premier lit; il en est de même quand l'enfant a des biens personnels ou qu'il exerce un état (art. 380-382). On demande si le père naturel est soumis aux mêmes restrictions? L'article 383 répond à la question; il ne cite pas les articles 380 et 382, donc ils ne sont pas applicables au père naturel. On ne conçoit même pas l'application de l'article 380, car il suppose un père veuf qui se remarie; or, le père naturel qui contracte mariage n'est pas veuf et il ne se remarie pas. L'article 382 aurait pu s'appliquer à l'enfant naturel, mais

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 190, n° 128 *bis* III. En sens contraire, Marcadé, t. II, p. 149, n° II de l'article 383, et Demolombe, VI, p. 515, n° 637.

le législateur l'exclut par cela seul qu'il ne s'y réfère pas. Vainement dira-t-on que c'est argumenter du silence de la loi. Non, la loi a parlé; parmi les sept articles qui traitent du droit de détention, elle en cite quatre qu'elle déclare applicables aux père et mère naturels; elle exclut par cela même les autres, sinon elle n'a plus de sens, et il faut effacer du code l'article 383. C'est aussi en ce sens que l'article 383 a été entendu par l'orateur du Tribunat. « Quatre de ces dispositions, dit Albisson, *clairement désignées*, sont communes aux père et mère des enfants naturels (1). » On dit que cette interprétation conduit à une conséquence absurde : c'est que le pouvoir du père naturel sera plus étendu que celui du père légitime. Il y aurait absurdité, que nous renverrions le reproche au législateur, l'interprète n'a pas à s'en inquiéter. Mais est-il bien vrai que la chose est aussi absurde qu'on le dit? Ce n'est pas dans l'intérêt du père que la puissance paternelle est établie, c'est dans l'intérêt de l'enfant. Or, l'enfant naturel n'est-il pas, par le malheur de sa naissance, moins respectueux, moins soumis, plus indiscipliné que l'enfant légitime? Donc il faut une main plus ferme pour l'élever et un pouvoir plus fort (2).

Nous disons que dans l'opinion contraire, on fait la loi. Que l'on compare l'article 380 avec l'interprétation de Demolombe. La loi suppose un père veuf et remarié, elle craint l'influence de la marâtre. M. Demolombe applique la loi au père naturel qui épouse une femme autre que la mère de l'enfant. Ce n'est plus argumenter par voie d'analogie, c'est faire la loi. Nous allons voir qu'on fait aussi la loi quand il s'agit de la mère.

358. Aux termes de l'article 381, la mère survivante et non remariée ne peut faire détenir son enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels et par voie de réquisition. Cet article n'est pas visé dans l'article 383. Nous en concluons que la mère naturelle n'est pas

(1) Discours d'Albisson, n° 7 (Locré, t. III, p. 344).

(2) Proudhon, *Des Personnes*, t. II, p. 249; Duranton, t. III, p. 349, n° 360. En sens contraire, Valette sur Proudhon, p. 249; Marcadé, t. II, p. 150, n° III de l'article 383.

soumise aux restrictions qu'il établit; qu'elle pourra par conséquent faire détenir l'enfant, soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition, au même titre que le père. On se récrie, on prétend que cela n'est pas admissible. Notre réponse est dans le texte de la loi; l'article 383 dit en termes exprès que l'article 376 est commun aux pères et *mères* naturels; donc la mère naturelle peut *ordonner* la détention de l'enfant. Et partant il ne peut être question des restrictions établies par l'article 381, restrictions que le texte même repousse. En effet, il suppose que la mère est veuve, non remariée; il prescrit le concours des parents paternels; or, l'enfant naturel n'a pas de parents paternels et sa mère n'est pas veuve. Comment procéder par analogie là où le texte est inapplicable et où les principes diffèrent? On fait de nouveau la loi. Au lieu de deux parents paternels, on prendra deux amis du père. De quel droit? Ou deux membres du conseil de famille : et l'enfant naturel n'a pas de famille (1)! Si les interprètes avaient plus de respect pour le texte de la loi, ils s'épargneraient tous ces embarras.

§ III. *Droits des père et mère naturels sur les biens de l'enfant.*

359. Les auteurs s'accordent à dire que les père et mère naturels n'ont pas l'administration légale des biens de leurs enfants. Et en apparence cela est évident. Il n'y a pas de texte, et peut-il être question d'une administration *légale* sans *loi?* A la vérité, cette expression d'administration légale ne se trouve pas dans le code; mais si le mot n'y est pas, la chose y est. En effet, c'est la loi qui déclare que le père est, durant le mariage, administrateur des biens de ses enfants. Le texte suppose le mariage; donc, dit-on, il ne peut pas s'appliquer au père naturel (2).

(1) Demolombe, t. VI, p. 517, nos 641-647. Demante, t. II, p. 192, n° 128 *bis* IX. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. Ier, p. 398, n° 561. Chaque auteur a un système différent.

(2) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 195.

Nous pourrions répondre qu'il y a bien des textes qui supposent le mariage et que les auteurs appliquent néanmoins aux père et mère naturels; tels sont les articles 203, 373, 380 et 381, dont nous venons de parler. Mais ces contradictions ne nous donnent pas la solution de la difficulté. A notre avis, il faut appliquer l'article 389 aux père et mère naturels. En théorie, cela ne fait même aucun doute. L'administration des biens, de même que l'éducation de la personne de l'enfant, est un attribut de la puissance paternelle; c'est un devoir que la nature impose au père et que la loi consacre. L'enfant ne peut pas veiller lui-même à ses intérêts. Qui doit y veiller, sinon le père? Il n'y a, sous ce rapport, aucune différence à établir entre le père naturel et le père légitime. En tant que la puissance paternelle est un devoir, elle est commune au père naturel; or, l'administration des biens est un devoir. Cela décide la question en principe. Le texte de l'article 389 n'est pas un obstacle. Si l'on admet que la puissance paternelle est la même pour le père naturel et pour le père légitime, il en faut conclure que les dispositions du code qui en règlent l'exercice s'appliquent de plein droit au père naturel, à moins que le mariage ne soit une condition du droit ou du devoir que la loi consacre. Tout le monde applique l'article 203 aux père et mère, quoiqu'il parle d'époux et de mariage; par identité de raison, il faut en dire autant de l'article 389.

Il y a cependant une objection, et au premier abord elle paraît décisive. Si la loi confie au père l'administration des biens de ses enfants sans garantie aucune, ni caution, ni hypothèque, c'est qu'il y a une garantie morale dans le mariage. Cette garantie n'existe pas quand les père et mère sont naturels. Dès lors, il importe que l'administration légale soit remplacée par la tutelle. Telle est en effet l'opinion commune : on admet que l'enfant naturel est toujours en tutelle. Nous reviendrons sur la question au titre de la *Tutelle*. Pour le moment, nous répondons à l'objection. L'enfant naturel a aussi une garantie dans l'affection de ses père et mère ; ils ont à titre égal la puissance paternelle, partant aussi l'administration de ses

biens. Si la mère, qui d'ordinaire a la garde de l'enfant, gère mal, le père peut intervenir et le tribunal pourra lui confier l'administration des biens. Nous compléterons notre réponse plus loin (n° 413).

360. Les père et mère naturels ont-ils l'usufruit légal? Non, dit Proudhon; car l'usufruit légal est un don de la loi positive; il ne peut donc exister que là où la loi l'établit expressément; or, elle ne le donne qu'à l'égard des enfants du mariage; d'où suit qu'il n'existe pas à l'égard des enfants illégitimes. Cet argument n'est pas tout à fait décisif; les auteurs admettent que les père et mère naturels ont le droit et le devoir d'éducation, quoique l'article 203 ne parle que des époux et des enfants nés du mariage; et nous venons d'enseigner que le père naturel a l'administration légale des biens de ses enfants, bien que la loi ne semble la donner qu'au père durant le mariage. Il y a un argument plus direct. Le titre de la *Puissance paternelle* traite des droits du père sur la personne et sur les biens de l'enfant. C'est après avoir déterminé les droits que le père a sur la personne de l'enfant que le code ajoute, dans l'article 383, une disposition qui étend, avec quelques modifications, la puissance paternelle aux père et mère naturels. Viennent ensuite les articles qui concernent la jouissance légale; le texte suppose, comme le dit Proudhon, que ce droit n'appartient qu'aux père et mère mariés. L'article 384 dit que le père, *durant le mariage*, et, après *la dissolution du mariage*, le survivant des père et mère, auront la jouissance légale des biens de leurs enfants. Aux termes de l'article 386, cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des *époux* contre lequel le *divorce* aurait été prononcé; et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un *second mariage*. On pourrait encore objecter que supposer le mariage, ce n'est pas exclure les père et mère naturels, et nous admettrions l'objection s'il s'agissait d'un droit, pour mieux dire d'un devoir inhérent à la puissance paternelle. Telle est l'administration des biens; le père doit administrer, parce qu'on ne voit pas qui administrerait, sinon lui. Il n'en est pas de même de l'usufruit : c'est une récompense que la loi donne aux père et

mère; or, l'on comprend que le législateur récompense les parents légitimes, mais quand il s'agit d'une faveur, on ne comprend plus que le concubinage soit mis sur la même ligne que le mariage. Telle est aussi l'opinion commune des auteurs, et elle est consacrée par la jurisprudence (1).

(1) Dalloz cite les auteurs et les arrêts. Il se prononce pour l'opinion contraire, enseignée par Salviat, Loiseau et Favard (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Puissance paternelle*, n° 196).

TITRE X.

DE LA TUTELLE (1).

CHAPITRE PREMIER.

ORGANISATION DE LA TUTELLE.

SECTION I. — Principes généraux.

§ Ier. *Des mineurs.*

361. L'article 388 porte que « le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt et un ans accomplis. » Cette disposition est complétée par celle de l'article 488, aux termes duquel on est capable de tous les actes de la vie civile à vingt et un ans accomplis. Le mineur est donc incapable des actes de la vie civile. Son incapacité vient de la nature même. Il faut de longues années pour que l'enfant développe ses forces physiques; le développement intellectuel est encore plus lent; et quand l'intelligence commence à se manifester, elle manque de l'expérience nécessaire pour que l'homme

(1) Magnin, *Traité des minorités, tutelles et curatelles*, 2 vol. Paris, 1835
De Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, 2 vol. Clermont, 1845

dirige sa personne et administre ses biens. Il faut donc un guide à celui dont les facultés intellectuelles et morales n'ont pas acquis toute leur force.

La loi doit veiller à l'éducation et aux intérêts de ceux qui ne peuvent pas eux-mêmes gouverner leur personne et leurs biens. Jusqu'à quand doit durer cet état d'incapacité qui vient du jeune âge? Cela dépend du climat, des mœurs et des institutions politiques des divers pays. Dans un seul et même pays, il y a des différences d'un individu à l'autre. Le législateur ne peut pas tenir compte de ces dernières, quand il règle la durée de la minorité; les lois sont faites pour la généralité des hommes et non pour les exceptions. Dans l'ancien droit, on suivait généralement le droit romain qui fixait la majorité à vingt-cinq ans. La loi du 20 septembre 1792 en rapprocha le terme à vingt et un ans. Tel était aussi l'âge admis par la constitution de l'an VIII (art. 2) pour l'exercice des droits politiques. L'orateur du gouvernement a très-bien exposé les motifs pour lesquels les auteurs du code ont maintenu la majorité admise par la loi de 1792. Dans plusieurs provinces de l'ancienne France, comme l'Anjou et le Maine, la minorité cessait à vingt et un ans, sans que les intérêts privés et l'ordre public en souffrissent. Les progrès de l'instruction et de l'éducation hâtent le développement des facultés intellectuelles et morales; la Révolution, en appelant les hommes à la vie politique, contribua à former de bonne heure leur raison et à leur donner l'expérience des hommes et des choses. Dès lors l'intérêt des individus aussi bien que celui de l'Etat exigeaient que l'on avançât l'époque de la majorité; car quand on prolonge trop longtemps la minorité, les individus sont lésés et la société perd le travail de tous ceux que la nature rend capables, et que les lois ont tort de déclarer incapables (1).

362. Comment compte-t-on les vingt et un ans? Doit-on appliquer l'article 2260, aux termes duquel la prescription se compte par jours et non par heures? La plupart des auteurs décident, et avec raison, que cette disposition n'est

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 2 (Locré, t. III, p. 411).

pas applicable au calcul de la majorité. Nous dirons, au titre de la *Prescription*, quels sont les motifs particuliers pour lesquels on compte, en cette matière, par jours au lieu de compter par heures. Ces motifs n'ont rien de commun avec la majorité. On ne date pas les actes notariés ou sous seing privé par heure, tandis que l'acte de naissance indique l'heure à laquelle l'enfant est né (art. 57); dès lors, si un enfant est né le 31 décembre 1850 à midi, il a vingt et un ans accomplis le 31 décembre 1871 à midi. Pourquoi par une fiction légale prolongerait-on sa minorité d'un jour, en ne comptant pas le jour de naissance (1)? En supposant que l'acte de naissance n'indiquât pas l'heure où l'enfant est venu au monde, faudrait-il alors, comme on l'enseigne généralement, attendre que le dernier jour du délai fût écoulé? Nous ne voyons pas pourquoi la négligence de l'officier public modifierait les principes. A défaut d'actes de l'état civil, on peut recourir aux registres tenus par les parents, et même à la preuve testimoniale, qui fera rarement défaut; car la naissance d'un enfant est un événement heureux, dont le moment précis se grave dans la mémoire de tous les membres de la famille, comme un souvenir de bonheur (2).

363. Le code ne traite de la minorité, dans notre titre, que sous ses rapports avec la tutelle. C'est au troisième livre qu'il s'occupe de l'incapacité juridique dont les mineurs sont frappés, et de la conséquence qui en résulte quant aux actes qu'ils font. Nous suivrons l'ordre du code civil. De ce que le code organise la tutelle au titre qui est intitulé *de la Minorité*, il ne faut pas conclure que tout mineur a nécessairement un tuteur. Nous avons déjà dit qu'il n'y a pas de tutelle pendant le mariage des père et mère; l'enfant est alors sous puissance paternelle. La tutelle s'ouvre après la dissolution du mariage; le survivant réunit dans ses mains l'autorité du père et le pouvoir du tuteur; nous en avons dit la raison. Nous avons vu

(1) C'est l'opinion commune (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 30), sauf le dissentiment de Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 208, n° 135 *bis*.
(2) Demolombe, t. VIII, p. 297, n° 407. En sens contraire, Zachariæ, traduction de Massé et Vergé et les auteurs qu'il cite, t. Ier, p. 383, note 2.

aussi que si le survivant n'est pas tuteur, il conserve néanmoins la puissance paternelle, en ce qui concerne l'éducation de l'enfant, l'administration des biens passant au tuteur (nos 263-266). Pour le moment, nous considérons la tutelle comme un pouvoir distinct, en faisant abstraction de la puissance paternelle.

Nous disons que la tutelle s'ouvre au décès de l'un des père et mère. La doctrine admet diverses exceptions à ce principe. D'abord on enseigne que les enfants naturels sont nécessairement en tutelle dès l'instant de leur naissance (1); nous reviendrons sur ce point, qui est très-douteux, à notre avis (n° 413). On prétend aussi qu'il y a lieu à tutelle, quand l'un des père et mère est absent, dans le sens légal du mot; au titre de l'*Absence*, nous avons examiné la question (2). On enseigne encore que le divorce donne ouverture à la tutelle. La loi ne dit pas cela; elle se borne à dire à qui les enfants seront confiés quand le divorce est prononcé pour cause déterminée, et elle ajoute que les père et mère conservent le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants; ce qui implique que la puissance paternelle subsiste, sauf les modifications que la loi autorise les tribunaux à y apporter pour le plus grand avantage des enfants, comme le dit l'article 302. Il ne peut donc être question de nommer un subrogé tuteur, ainsi que le veut Toullier, suivi par Marcadé (3), ni de conseil de famille, ni d'hypothèque légale. Il est très-vrai que, s'il y avait tutelle, il y aurait aussi hypothèque légale; mais peut-il y avoir une hypothèque légale sans loi? Et où est la loi qui établit une tutelle en cas de divorce? Sans doute le législateur aurait pu, il aurait peut-être dû organiser une protection spéciale pour les enfants, quand ils ne trouvent plus dans leurs parents divorcés l'appui et la protection qu'ils avaient pendant leur mariage; mais il ne l'a pas fait, et il n'appartient certes pas à l'interprète de créer des tutelles et des hypothèques. Il faut donc s'en tenir aux

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. Ier, p. 360.
(2) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 183, n° 145.
(3) Toullier, t. II, nos 1093-1095, p. 199. Marcadé, t. II, p. 186, art. 390, n° I.

articles 302 et 303, et se contenter du pouvoir discrétionnaire que la loi acorde au juge.

Enfin, l'on enseigne qu'il y a lieu à une tutelle provisoire lorsque les père et mère sont dans l'impossibilité physique, morale et légale d'exercer la puissance paternelle. M. Demolombe a raison de dire que cela n'est pas admissible. Sans doute des mesures doivent être prises dans l'intérêt des enfants mineurs; les tribunaux interviendront, au besoin, pour confier provisoirement la garde des enfants à un parent ou à un ami, ainsi que la gestion de leurs biens; mais ils n'ont pas le droit de transformer cette administration en tutelle; la tutelle a des effets légaux qui ne peuvent pas exister sans loi (1).

§ II. *De la tutelle.*

N° 1. DÉFINITION.

364. On définit la tutelle, une charge civile déférée à une personne par la loi ou en vertu de ses dispositions, pour administrer gratuitement la personne et les biens d'un mineur (2). Les mineurs étant incapables de se conduire et d'administrer leurs biens, la loi leur donne des tuteurs qui sont chargés de les élever et de gérer leurs intérêts. Le nom de tuteur indique la mission que la loi leur confie : il vient d'un mot latin qui signifie défendre, protéger. Le tuteur est le protecteur, le défenseur légal du mineur. Notre code dit qu'il prend soin de la personne du mineur et qu'il le représente dans tous les actes civils.

Il y a donc une grande analogie entre la tutelle et la puissance paternelle : l'objet est le même, l'éducation de l'enfant et l'administration de ses biens; mais les moyens diffèrent, en ce sens que le législateur donne aux père et mère un pouvoir plus étendu que celui dont jouissent les tuteurs. Le code dit que le tuteur prend soin de la per-

(1) Demolombe, t. VI, n° 451 et t. VII, n° 27. En sens contraire, Aubry et Rau, t. Ier, p. 366 et note 4, et Magnin, t. Ier, n° 492.
(2) Duranton, t. III, p. 403, n° 410.

sonne du mineur; il ne dit pas qu'il exerce une puissance, tandis que la loi qualifie d'*autorité* les droits dont elle investit le père et la mère. Ce n'est pas seulement une différence de mots. Le père a une autorité illimitée en ce qui concerne l'éducation de l'enfant; il n'y a d'exception que lorsque l'enfant a des biens personnels; le père doit l'élever, dans ce cas, suivant sa fortune. Or, l'enfant sous tutelle a régulièrement des biens, puisqu'il est héritier de son père ou de sa mère prédécédés. Le tuteur doit gérer ces biens dans le plus grand intérêt de l'enfant : de là l'obligation qui lui est imposée de prendre l'avis du conseil de famille sur les dépenses qu'il pourra faire pour l'éducation de son pupille (art. 454). Tant que l'enfant a ses père et mère, la loi compte sur leur affection pour modérer l'exercice de la puissance paternelle; elle ne craint pas de leur donner le droit de détention, même par voie d'autorité. Au tuteur elle permet seulement de porter ses plaintes devant le conseil de famille; il ne peut provoquer la reclusion du mineur que s'il y est autorisé par ce conseil (art. 468). Le père a des droits qui n'appartiennent jamais au tuteur, le droit de consentir au mariage, au divorce, à l'adoption, le droit d'émancipation.

Pour l'administration des biens, les différences sont tout aussi grandes; nous les avons déjà signalées. On peut dire du père comme du tuteur qu'il représente l'enfant mineur dans tous les actes civils; mais ses pouvoirs sont plus étendus; il n'est pas surveillé par un subrogé tuteur, il n'est pas soumis au contrôle d'un conseil de famille. L'enfant n'a pas contre son père les garanties que la loi donne au mineur contre son tuteur. Nous en avons dit la raison (nos 317-319).

365. La tutelle du droit français diffère considérablement de la tutelle romaine. En droit romain, le pupille, sorti d'enfance, gérait lui-même ses affaires, le tuteur se bornait à l'assister. Tandis que, d'après le code Napoléon, le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils ; il est donc son mandataire légal (art. 450). Notre législation est plus en harmonie avec la réalité des choses. Pourquoi le mineur a-t-il un tuteur? Parce qu'il est incapable.

S'il est incapable, à quoi bon le faire figurer dans les actes qui l'intéressent? C'est une pure fiction, et le droit français n'aime point les fictions. On n'y doit recourir que lorsqu'il y a nécessité. Par contre, il y a des actes juridiques dans lesquels le mineur français figure en personne comme partie principale, parce que la nature de ces actes exige une intervention personnelle, de sorte qu'il y aurait une fiction à le représenter par son tuteur. Le mineur qui se marie se présente en personne devant l'officier de l'état civil pour y prendre les engagements solennels qu'il serait ridicule de souscrire par procureur; et comme le contrat de mariage est l'accessoire du mariage célébré par l'officier de l'état civil, c'est encore le mineur qui y parle en personne. Le mineur peut tester à l'âge de seize ans dans de certaines limites; par sa nature, le testament exclut toute volonté étrangère; d'ailleurs, reconnu capable de disposer de ses biens, il n'y a plus de motif pour exiger qu'il soit représenté par son tuteur. Le mineur peut aussi souscrire un contrat d'apprentissage, avec le concours et l'appui des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve (loi du 22 germinal an XI, art. 9); comme il engage sa liberté pour plusieurs années, c'est naturellement lui qui y doit parler. Il en serait de même, et pour la même raison, si le mineur contractait un engagement au théâtre. Dès que la personne et la liberté sont en cause, on ne conçoit plus que le mineur soit lié par une volonté étrangère (1).

366. Nous avons défini la tutelle une charge *civile*. D'ordinaire on dit que c'est une institution de droit public, parce qu'elle intéresse la société tout entière, en ce sens qu'elle a pour objet l'état des personnes, le gouvernement des familles et la conservation de leur patrimoine (2). C'est une idée traditionnelle. Pothier dit aussi que la tutelle est une charge publique. Il base ce principe, non sur l'objet de la tutelle, mais sur le mode de son établissement; dans l'ancien droit, toute tutelle était dative, au

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 554. Ducaurroy, *Commentaire*, t. Ier, n° 648, p. 463. En sens contraire, pour ce qui concerne le contrat d'apprentissage, Demolombe, t. VII, p. 561, n° 798.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 13, n° 30.

moins dans les pays de droit coutumier, et conférée par les tribunaux, donc par l'autorité publique. Ce motif n'existe plus sous le code Napoléon : c'est la loi qui défère la tutelle, ou c'est le dernier mourant des père et mère, ou c'est un conseil de famille. Et quand même les tribunaux interviendraient, il n'en résulterait pas que la tutelle est de droit public. Les dispositions mêmes du code prouvent le contraire. Le tuteur peut s'excuser de la tutelle quand il remplit une des fonctions publiques déterminées par la loi. Quel est le fondement de cette excuse? L'orateur du Tribunat, après avoir dit que la tutelle est une charge publique, ajoute qu'elle est déférée au nom d'un intérêt particulier; il en conclut que le service de l'Etat doit l'emporter sur les obligations du tuteur (1). N'est-ce pas avouer que le tuteur exerce une mission d'intérêt privé? Gérer des biens et prendre soin de la personne d'un enfant, ne sont certes pas des fonctions publiques. Il faut donc laisser là la doctrine traditionnelle, qui n'a plus de raison d'être dans notre droit moderne.

Pothier en dérivait cette conséquence que les étrangers sont incapables d'être tuteurs ainsi que les femmes (2). Voilà une nouvelle raison pour abandonner la tradition. Les ascendantes peuvent être nommées tutrices, bien que les femmes ne puissent pas exercer de fonction publique. Toutefois il a été jugé que les étrangers ne peuvent pas être tuteurs. Nous avons combattu cette doctrine dans le premier volume de nos *Principes* (3), et nous persistons dans notre opinion (4). Tout ce que l'on peut dire, c'est que la tutelle est une charge publique, en ce sens que ceux qui sont appelés à la remplir ne peuvent la refuser. La raison en est que la loi l'impose ; le code lui-même le dit. D'après l'article 1370, il y a des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi; le code donne comme exemple ceux des tuteurs et autres administrateurs qui ne

(1) Leroy, Discours, n° 12 (Locré, t. III, p. 429).
(2) Pothier, *Traité des personnes*, n° 153.
(3) Voyez mes *Principes*, t. Ier, p. 560, n° 445.
(4) Voyez, en ce sens, deux arrêts de Liége du 5 avril 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 97) et du 22 juin 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 167).

peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. Il faut ajouter que la tutelle, ayant pour objet de veiller à la personne et aux intérêts de personnes incapables, est par cela même d'ordre public. D'où suit qu'il ne peut être dérogé par des conventions particulières aux dispositions du code qui règlent les devoirs des tuteurs, le mode de leur administration et leur destitution. De pareilles conventions seraient nulles. Nous verrons plus loin des applications de ce principe. Il en faut aussi conclure que l'action des tribunaux, en cette matière, est limitée par les textes du code. C'est la loi qui organise la tutelle; les juges ont pour mission d'appliquer la loi, ils ne peuvent pas la modifier.

La question est cependant très-controversée; les cours se décident le plus souvent d'après les circonstances de la cause, et dans la doctrine aussi, il y a beaucoup d'incertitude. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que la tutelle ne tient à l'ordre public qu'en ce qui concerne l'intérêt du mineur; d'où elle conclut que le conseil de famille peut restreindre les pouvoirs du tuteur pour sauvegarder cet intérêt (1). Sans doute, c'est à raison des mineurs que la tutelle est d'ordre public; elle est organisée pour protéger des incapables, et tout ce qui concerne les incapables est d'ordre public. Mais comment la loi pourvoit-elle aux intérêts des mineurs? Donne-t-elle par hasard un plein pouvoir, soit au tuteur, soit au conseil de famille, soit aux tribunaux? Non, elle définit avec soin les pouvoirs du tuteur. S'agit-il d'actes d'administration, elle lui laisse une grande latitude, elle ne limite son action ni par l'intervention du subrogé tuteur, ni par celle du conseil de famille; bien moins encore donne-t-elle aux juges la mission de contrôler sa gestion, comme le dit la cour de Limoges (2). Quand les actes dépassent les bornes d'une simple administration, le code oblige le tuteur de demander l'autorisation du conseil de famille; dans ce cas, le tribunal n'a pas le droit d'homologuer, il intervient seulement quand

(1) Arrêt de la cour de cassation du 20 juillet 1842 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 403, 1°).
(2) Limoges, 28 février 1846 (Dalloz, 1846, 2, 153).

il y a un recours contre les délibérations du conseil de famille. Enfin viennent les actes les plus importants de la tutelle pour lesquels la loi exige l'homologation du tribunal. Tout est donc défini par la loi, elle n'abandonne rien au pouvoir discrétionnaire du conseil de famille ni de la justice. Si l'on admettait, avec la cour de cassation, que le conseil de famille peut restreindre les pouvoirs du tuteur, il faudrait admettre aussi qu'il peut les augmenter quand l'intérêt du mineur l'exige. Ce serait abolir la moitié du titre de la tutelle. Nous concluons avec la cour de Toulouse que, hors les cas où le code exige l'intervention du conseil de famille, il ne peut pas intervenir pour imposer des conditions ou des restrictions à l'action du tuteur (1).

N° 2. NOTIONS GÉNÉRALES.

367. La tutelle est déférée par la loi ou en vertu de ses dispositions. Elle s'ouvre par la mort de l'un des père et mère ; la loi la défère au survivant. Si le survivant, tuteur légal, vient à mourir pendant la minorité des enfants, il peut leur choisir un tuteur. Quand il n'a pas fait usage de cette faculté, la tutelle passe, en vertu de la loi, aux ascendants. A défaut d'ascendants, c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur. Quel est le principe que la loi suit dans la délation de la tutelle et dans l'ordre qu'elle établit pour les diverses espèces de tutelle? L'ordre de la société, répond Domat, ne souffre pas que les orphelins soient abandonnés; ce devoir regarde donc naturellement ceux qui leur sont proches, tant à cause que la proximité les y engage plus étroitement que parce que le soin des biens des mineurs regarde ceux que la loi appelle à leur succéder (2). Il y a du vrai dans cette considération, mais elle n'est que secondaire. Ce qui le prouve, c'est que le plus proche parent n'est pas nécessairement tuteur. Quand le

(1) Toulouse, 2 juillet 1821 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 402, 2°).
(2) Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, liv. II, tit. II, *Des tuteurs*, p. 171. Comparez Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 330.

survivant des père et mère refuse la tutelle ou s'excuse, elle ne passe pas au parent le plus proche; c'est le conseil de famille qui a mission de choisir le plus capable. Les ascendants sont appelés par la loi, bien qu'il y ait des frères et sœurs, héritiers présomptifs, et d'un autre côté, la loi préfère le tuteur nommé par le dernier mourant des père et mère aux ascendants, bien qu'il soit un étranger.

Puisque la tutelle est organisée dans l'intérêt des mineurs, c'est cet intérêt qui a dû guider le législateur. Il faut à l'orphelin un protecteur qui prenne la place de celui que la nature lui avait donné et que la mort lui enlève. Il s'agit de choisir le plus digne. La tutelle est une charge très-lourde; l'éducation des enfants demande une sollicitude extrême et une vive affection; les enfants ont besoin d'amour, comme ils ont besoin d'air et de soleil pour vivre. Chez qui trouveront-ils ces soins affectueux, cette indulgence qui ne se rebute jamais, et qui seule légitime la sévérité parfois nécessaire? Chez les parents. Le survivant des père et mère est désigné par la nature même. Pourquoi, à sa mort, la tutelle ne passe-t-elle pas de droit aux parents les plus proches? C'est que le père ou la mère est le meilleur juge : c'est à lui à désigner l'ami ou le parent qui tiendra lieu de père à ceux qui vont devenir orphelins. Si le père n'use pas de cette faculté, c'est que sans doute il y a un ascendant que son affection appelle à cette charge. On a critiqué le code; on a dit que mieux eût valu laisser le choix au conseil de famille, les ascendants pouvant être incapables, à raison de leur âge ou de leurs infirmités. Cette critique méconnaît l'esprit de la loi. La qualité essentielle du tuteur, c'est l'amour qu'il porte aux orphelins qu'il doit élever; c'est dire que les ascendants sont indiqués par la nature, aussi bien que les père et mère. Ici la loi s'arrête; il y a des parents plus proches, héritiers présomptifs, les frères et sœurs; mais s'ils ont l'affection, ils ont rarement l'autorité nécessaire pour diriger l'éducation : le conseil de famille décidera (1).

368. Le principe des tutelles légales ou légitimes a

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, n° 412, p. 405.

été emprunté au droit romain. Dans les pays coutumiers, toutes les tutelles étaient datives, c'est-à-dire que tous les tuteurs étaient nommés par le juge du lieu où le père des mineurs avait son dernier domicile. Quand le père et la mère nommaient un tuteur par leur testament, on ne le refusait guère en justice, et le survivant des père et mère était préféré à tous les autres parents. Il y avait même des coutumes, telles que celles de la Flandre française et du Brabant, qui déféraient la tutelle de droit au survivant des père et mère (1). Le code a admis ce système en l'étendant aux ascendants. Il y a un avantage incontestable dans le principe coutumier de la tutelle dative : c'est que la tutelle est toujours déférée au plus capable. Les tutelles légitimes ont cet inconvénient, que le parent appelé à la tutelle peut ne pas avoir d'excuse légale, et ne pas posséder néanmoins les qualités requises pour être tuteur. Si, malgré ce danger, les auteurs du code Napoléon ont admis des tutelles légitimes, c'est que l'affection des ascendants est la plus forte garantie que l'on puisse désirer dans l'intérêt du mineur (2).

369. Dans l'ancien droit, on nommait quelquefois deux tuteurs, l'un honoraire, l'autre onéraire; le premier dirigeait l'éducation du pupille, l'autre gérait les biens. Cela se faisait, dit Argou, pour les personnes de considération. Il a été jugé que le dernier mourant des père et mère pouvait nommer un tuteur à la personne et un tuteur pour les biens, et une jurisprudence récente a étendu cette faculté au conseil de famille. On dit que tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis. Voilà une de ces maximes banales dont on peut faire tout ce que l'on veut, si on les prend dans un sens absolu. En matière pénale, l'adage est très-vrai. Il est vrai encore quand il s'agit de conventions, parce qu'elles sont en général d'intérêt privé; mais dès qu'elles touchent à l'ordre public, les parties contractantes ne peuvent plus faire ce qu'elles veulent; il ne leur est pas permis de déroger à des lois d'ordre public; et on

(1) Argou, *Institution au droit français*, t. Ier, p. 51. Merlin, *Répertoire*, au mot *Tutelle*, sect. II, § II, art. 1 (t. 35, p. 209).

(2) Huguet, Rapport fait au Tribunat, n° 5 (Locré, t. III, p. 419).

ne le peut pas plus dans un testament que dans une convention. Une autre cour allègue une autre raison. La tutelle est établie dans l'intérêt des mineurs, tel est le principe dominant; or, qui est le meilleur juge de cet intérêt, sinon le père ou la mère? Il faut donc respecter leurs dernières volontés (1). Et si cela est permis au dernier mourant des père et mère, pourquoi ne le permettrait-on pas au conseil de famille, toujours dans l'intérêt du mineur (2)? Sans doute, c'est dans l'intérêt des mineurs que la tutelle est organisée. Mais qui décide ce qui est de l'intérêt des mineurs? N'est-ce pas la loi, et la loi seule? Il faut donc renverser le principe suivi par la jurisprudence, et dire que ceux qui nommeront un tuteur n'ont d'autre pouvoir que celui que la loi leur donne. Et que dit la loi?

L'article 397 dit que le droit individuel de choisir *un tuteur* n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère; les articles 399-401 ne parlent aussi que d'*un tuteur*. Cela décide la question pour la tutelle testamentaire. Il en est de même de la tutelle dative : l'article 405 donne au conseil de famille le droit de nommer *un tuteur*. Il n'y a que deux cas dans lesquels la loi veut qu'il y ait deux tuteurs : quand la mère se remarie et qu'elle est maintenue dans la tutelle, le conseil de famille doit lui donner pour cotuteur le second mari (art. 396); et si le mineur possède des biens dans les colonies, l'administration de ces biens est confiée à un protuteur (art. 417). Ces exceptions confirment la règle. Le tuteur est unique; si l'étendue des biens et leur importance l'exigent, le conseil de famille peut autoriser le tuteur à s'aider d'un administrateur salarié, mais l'article 454 ajoute que cet administrateur gérera sous la responsabilité du tuteur; ce qui prouve de nouveau que le législateur ne veut pas que la tutelle soit partagée. Ce qui achève cette démonstration et lui donne le caractère d'évidence, c'est que le Tribunat, en

(1) Paris, 15 messidor an XII (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 59, 1°) et Rouen, 8 mai 1840 (Dalloz, *ibid.*, n° 393).

(2) Arrêt de Dijon du 14 mai 1862, confirmé par la cour de cassation; arrêt du 14 décembre 1863 (Dalloz, 1862, 2, 121; 1864, 1, 63).

amendant l'article 454, ajouta la remarque que les diverses dispositions de la loi, et surtout l'article 457, feraient assez connaître que le mineur ne peut avoir qu'un seul tuteur dans les départements continentaux de la France (1). Ce principe est fondé en raison. Quand il y a plusieurs personnes chargées du même office, l'une s'en rapporte à l'autre, et aucune ne fait ce qu'elle devrait faire. Telle est aussi l'opinion commune des auteurs (2). Il y a des dissentiments (3); nous croyons inutile d'y insister, l'unité de la tutelle est entrée dans nos mœurs.

370. Le tuteur peut-il être nommé à temps ou sous condition? C'est encore une de ces questions oiseuses que la doctrine discute et que la jurisprudence ignore. Nous ne pensons pas qu'elle se soit présentée devant les tribunaux; si elle se présentait, elle devrait être décidée négativement et sans hésitation aucune. Le tuteur légitime est tuteur pur et simple; une tutelle à terme ou conditionnelle serait chose absurde. Il en doit être de même quand la tutelle est déférée par le dernier mourant des père et mère ou par le conseil de famille; la loi ne leur donne pas le droit de nommer un tuteur à temps ou sous condition, donc ils ne l'ont pas. Cela est aussi fondé en raison. Il importe d'éviter les changements de tuteur, et pour l'éducation des mineurs et pour l'administration de leurs biens; la loi l'évite en dispensant plus difficilement d'une tutelle qui est commencée que d'une tutelle qui ne l'est pas encore. Par le même motif, elle devait proscrire les tutelles à terme ou conditionnelles; elle les proscrit par cela seul qu'elle ne les autorise pas (4).

371. Le tuteur administre les biens de ses pupilles; s'il leur cause un préjudice par incapacité, par négligence ou par dol, il est responsable; mais la responsabilité personnelle du tuteur peut être une garantie illusoire. La loi

(1) Observations du Tribunat, n° 14 (Locré, t. III, p. 405).

(2) Voyez les auteurs cités par Demolombe, t. VII, p. 134, n° 222.

(3) Duranton, t. III, n° 444; Aubry et Rau, t. Ier, p. 370, et même Demolombe, qui, après avoir très-bien posé les principes, recule quand il s'agit de les appliquer (t. VII, nos 223-225).

(4) Les auteurs sont divisés. Dalloz, au mot *Minorité*, nos 138, 159 et 160.

donne aux mineurs une garantie réelle en frappant les biens du tuteur d'une hypothèque légale à leur profit. Cette garantie aussi peut être insuffisante et même nulle si le tuteur n'a pas d'immeubles. La loi ne soumet pas le tuteur à l'obligation de donner caution. Elle exige quelquefois une caution de ceux qui administrent le patrimoine d'autrui, par exemple, en matière d'absence; mais c'est une exception. La loi a cherché la garantie des mineurs dans l'affection du tuteur; il pourrait être pauvre et ne trouverait peut-être pas de caution, il sera néanmoins un tuteur affectionné et capable. Il ne faut donc pas, par une sollicitude excessive pour les intérêts pécuniaires du pupille, écarter de la tutelle ceux qui sont capables de la bien gérer.

Dans l'ancien droit, les parents *nominateurs* répondaient de la gestion du tuteur quand il était insolvable. Le projet de code reproduisait cette responsabilité. Elle ne fut pas adoptée. L'orateur du gouvernement nous en dit la raison. C'était une rigueur contraire à tous les principes; Berlier la qualifie d'odieuse. Il y a en effet quelque chose de révoltant à déclarer des parents responsables d'une insolvabilité qui ne leur est pas imputable; aussi était-elle tombée en désuétude; les tribunaux ne l'appliquaient qu'en cas de dol évident : cela est le droit commun, tout le monde répondant de son dol (1).

372. La loi ne s'est pas contentée de garanties qui peuvent être nulles ou insuffisantes. Elle a organisé un contrôle de la tutelle, dans le but de sauvegarder tous les intérêts du mineur. Dans toute tutelle, il y a un subrogé tuteur. Il est appelé à surveiller la gestion du tuteur; il provoque sa destitution s'il est incapable ou infidèle. Le subrogé tuteur n'administre pas, il agit seulement par exception, lorsque les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du tuteur; ce qui arrive assez souvent : le tuteur et son pupille, étant d'ordinaire proches parents, peuvent être appelés à une même succession, et par suite avoir des intérêts opposés. La loi évite, et avec raison, de

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 17 (Locré, t. III, p. 414).

placer les hommes entre leur intérêt et leur devoir. Il est juste que le tuteur puisse défendre ses intérêts personnels, et il faut aussi que le mineur ait un défenseur. La subrogée tutelle répond à ce besoin. C'est une institution coutumière. Dans les pays de droit écrit, on donnait un curateur au mineur dans chaque affaire où il y avait conflit d'intérêts. La subrogée tutelle a l'avantage d'épargner les frais et d'établir une surveillance permanente de la tutelle (1).

Le conseil de famille est aussi une institution coutumière. Il joue un grand rôle dans la tutelle; c'est lui qui nomme le tuteur datif et le subrogé tuteur; il intervient dans les actes les plus importants pour les autoriser; il peut exercer une surveillance permanente sur la gestion du tuteur, en l'obligeant à lui rendre des comptes annuels; il destitue le tuteur incapable ou infidèle. C'est lui qui doit consentir au mariage du mineur orphelin, c'est lui qui l'émancipe (2). Cependant quelque nombreuses que soient ses attributions, il ne faut pas croire qu'il puisse intervenir quand bon lui semble, et prescrire ce qu'il juge convenable. La loi a pris soin de définir les limites dans lesquelles son action s'exerce; il ne peut pas les dépasser. Hors de ces limites, le conseil et les membres individuels n'ont aucun droit (3).

373. En droit romain, on admettait une tutelle de fait, sous le nom de protutelle. Il en était de même dans notre ancien droit : celui qui gérait en qualité de tuteur, bien que légalement il ne le fût pas, était soumis à toutes les obligations d'un tuteur véritable, et considéré comme tel pour toutes les suites de la tutelle. Cette doctrine est très-rationnelle. La tutelle est organisée de manière que tous les intérêts du mineur soient sauvegardés. Ne serait-il pas absurde que le mineur eût moins de garanties contre un tuteur illégal qui usurperait la tutelle, qu'il n'en a contre un tuteur légal? Mais la question est de savoir si le code

(1) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. Ier, p. 431.
(2) Proudhon énumère les attributions du conseil de famille (*De l'état des personnes*, t. Ier, p. 316 et suiv.).
(3) Grenoble, 31 août 1855 (Dalloz, 1856, 2, 124).

a consacré les principes de l'ancien droit (1). Quant à la responsabilité du tuteur de fait, il n'y a pas de doute : c'est l'application du droit commun. Le tuteur de fait est un gérant d'affaires, et tenu, comme tel, de tous les soins d'un bon père de famille. Mais on demande s'il sera aussi soumis à l'hypothèque légale comme garantie de sa gestion. Nous examinerons la question au titre des *Hypothèques*. On demande encore si on peut lui appliquer les incapacités spéciales qui frappent le tuteur (art. 450, 907). Nous reviendrons sur ce point en traitant de la seule tutelle de fait que le code civil prévoit, celle de la veuve, en cas de convol, et celle de son mari (art. 395, 396). En principe et en l'absence d'un texte, nous croyons que l'assimilation complète du tuteur de fait et du tuteur légal ne peut être admise. Il eût fallu pour cela une disposition de la loi, car il s'agit d'une véritable fiction. L'interprète peut-il créer des fictions? Il est de principe que le législateur seul le peut. De là suit que la tutelle de fait reste sous l'empire du droit commun, et quant aux obligations du prétendu tuteur, et quant à ses droits. Il en est de même de ses rapports avec les tiers. Nous n'approuvons certes pas ce résultat : c'est une lacune que nous signalons, mais, à notre avis, au législateur seul il appartient de la combler.

SECTION II. — Des diverses espèces de tutelle.

§ Ier. *De la tutelle légitime.*

N° 1. DU SURVIVANT DES PÈRE ET MÈRE

374. L'article 390 porte : « Après la dissolution du mariage arrivée par la mort de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère. » Le survivant a aussi la puissance paternelle : est-ce que cette puissance n'absorbe pas la tutelle? Nous avons déjà dit que les deux

(1) Décidé affirmativement par arrêt de la cour de Bruxelles du 3 février 1830 (*Pasicrisie*, 1830, 2, 32).

puissances coexistent, soit dans la même personne, si le survivant est tuteur, soit dans deux personnes, si le survivant ne l'est pas. L'autorité du père modifie, en un certain sens, le pouvoir du tuteur ; elle lui donne plus d'indépendance. Nous reviendrons sur ce point. Pour le moment, nous n'avons à traiter que de l'organisation de la tutelle. Considérée sous ce rapport, la tutelle du survivant est soumise, en général, aux principes qui régissent la tutelle. Le code lui-même le dit. Il résulte des articles 420 et 421 qu'il y a un subrogé tuteur dans la tutelle légale. L'article 405 déclare que les causes d'excuse et d'exclusion sont communes au survivant. Cette disposition ne mentionne pas les causes d'incapacité : ici il y a quelque chose de spécial aux père et mère.

375. Les mineurs ne peuvent être tuteurs, excepté, dit l'article 442, le père ou la mère. Pourquoi la loi fait-elle cette exception ? Est-ce parce que les père et mère mineurs sont émancipés ? Non, car le mineur qui n'est pas marié ne peut être tuteur quoiqu'il soit émancipé ; et les père et mère eux-mêmes ne peuvent être tuteurs que de leurs enfants. C'est donc dans cette circonstance qu'il faut chercher la raison de la loi. Les père et mère ont la puissance paternelle quoiqu'ils soient mineurs ; le père est administrateur légal, il a la puissance maritale. Cela n'est pas sans inconvénient, et c'est une grave dérogation à l'incapacité qui frappe le mineur, mais c'est une conséquence forcée de la loi qui permet au mineur de se marier.

Le survivant mineur a un curateur dont il doit être assisté dans les cas prévus par la loi. Sa capacité est donc moindre que celle du tuteur qui est majeur et capable, comme tel, de tous les actes civils. Il y a aussi un subrogé tuteur dans l'intérêt de l'enfant. De là naît une difficulté. Quand le tuteur mineur fait un acte pour lequel un mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur, devra-t-il être assisté par son curateur ou par le subrogé tuteur ? Tel serait le cas où il recevrait un capital mobilier dû au pupille. Comme mineur émancipé, il ne peut le recevoir sans assistance, cela est certain, car il ne peut pas avoir pour les affaires du pupille une capacité qu'il

n'a point pour les siennes. Mais les auteurs ne s'accordent pas sur le point de savoir par qui il doit être assisté ; la plupart exigent l'assistance du subrogé tuteur, parce qu'il s'agit de veiller aux intérêts du pupille, ce qui est la mission du subrogé tuteur plutôt que celle du curateur (1). Cette opinion est inadmissible ; elle est en opposition avec les textes qui règlent l'action du subrogé tuteur. Il n'*assiste* jamais; il *agit* quand il y a opposition d'intérêts entre le tuteur et son pupille. Il eût fallu une disposition expresse pour donner au subrogé tuteur un pouvoir qu'en général il n'a point. Dans le silence de la loi, c'est le curateur qui doit assister, et cela est logique, car il s'agit de couvrir l'incapacité du tuteur mineur.

Que faut-il décider s'il s'agit d'un acte pour lequel le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille? Quand le tuteur est mineur, il y a deux conseils de famille, l'un pour le père ou la mère survivant, l'autre pour le pupille. S'agit-il d'une affaire qui lui est personnelle, c'est naturellement son conseil de famille qui doit l'autoriser. Par contre, si l'acte concerne le mineur, le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille qui est attaché à la tutelle (2).

376. Il y a une seconde dérogation au droit commun, en faveur de la mère survivante. Elle est tutrice de droit aussi bien que le le père. Cette innovation est un hommage rendu au principe de l'égalité, et si jamais l'égalité est légitime, c'est bien quand il s'agit de remplir un devoir et de donner une preuve d'affection (3). D'ailleurs la mère a la puissance paternelle, elle a l'usufruit légal ; dès lors elle devait aussi avoir la tutelle. Toutefois la loi établit une différence entre le père et la mère. Le père est obligé de gérer la tutelle, à moins qu'il n'ait une excuse légale; tandis que la mère peut refuser la tutelle (art. 394). Il se peut que la femme n'ait pas l'expérience des affaires qui lui serait nécessaire pour gérer des biens considérables; en ce cas, elle peut refuser. La différence est grande entre le refus et l'excuse; il n'y a d'excuses que dans les cas

(1) Demolombe, t. VII, p. 276, n° 465, et les auteurs qu'il cite.
(2) Zachariæ, traduction de Vergé et Massé, t. Ier, p. 409, note 20.
(3) Berlier, Exposé des motifs, n° 5 (Locré, t. III, p. 412).

déterminés par la loi ; l'excuse doit donc être motivée, elle est soumise au conseil de famille qui peut la rejeter, sauf au tuteur à se pourvoir devant les tribunaux. Il n'en est pas de même du refus ; la mère ne doit pas le motiver, elle seule en est juge, c'est un droit absolu qu'elle exerce.

La loi dit que la mère n'est pas tenue d'accepter la tutelle (art. 394). De là on conclut que si elle l'accepte, elle ne peut plus la refuser, et elle est acceptante dès qu'elle manifeste la volonté d'être tutrice (1). La cour de Limoges a tiré une conséquence contraire du texte que nous venons de citer : de ce que la mère peut refuser la tutelle, elle a conclu qu'il lui était libre de s'en démettre (2). Nous préférons cette interprétation à celle que donnent les auteurs. On dit que la mère n'a pas le droit de se démettre de la tutelle, parce que la loi ne le lui accorde pas. Mais c'est précisément là la question. En disant que la mère n'est pas tenue d'accepter la tutelle, l'article 394 dit en d'autres termes qu'elle peut la refuser ; il ne dit pas ce qu'on lui fait dire, qu'elle ne peut plus refuser après avoir accepté. Les motifs pour lesquels le législateur donne à la mère le droit de refuser s'appliquent à la mère qui a déjà géré aussi bien qu'à celle qui n'a pas encore géré. Il y a plus, c'est précisément quand la femme a géré qu'elle se convaincra de son incapacité, et l'on veut que lorsqu'elle se reconnaît incapable, lorsqu'elle a fait preuve d'incapacité, elle soit néanmoins tenue de continuer la gestion ! Les auteurs invoquent par analogie les principes qui régissent l'excuse ; le tuteur qui, ayant une excuse, ne la fait pas valoir et accepte la tutelle, ne peut pas, en général, se démettre de la tutelle ; donc, dit-on, il en doit être de même de la mère tutrice qui n'use pas de son droit de refus. Nous répondons que c'est confondre le refus et l'excuse, deux droits essentiellement différents. L'excuse n'implique pas l'incapacité, elle est établie dans l'intérêt du tuteur plutôt que dans celui du pupille ; le refus, au con-

(1) Demolombe, t. VII, n° 111, p. 59, et les auteurs qu'il cite. Ajoutez Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 216, n° 143 *bis* I, et Aubry et Rau, t. Ier, p. 401, note 2.

(2) Limoges, 17 mai 1808 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 73, 1°).

traire, suppose que la mère est incapable; or, dès qu'elle est incapable, elle doit avoir le droit de se démettre de la tutelle. L'intérêt du mineur l'exige, et cet intérêt domine tout. Cela est si vrai qu'il y a même des excuses que le tuteur peut alléguer après avoir accepté la tutelle : ce sont celles, dit Pothier, qui l'empêchent absolument de vaquer à la tutelle (1). Or, le refus de la mère implique cet empêchement absolu, puisque la loi ne lui accorde le droit de refuser qu'à raison de son incapacité (2).

L'article 394 ajoute que si la mère refuse la tutelle, elle doit en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur. Il y a lieu, en ce cas, à la tutelle dative, comme nous le dirons plus loin.

N° 2. DU CONSEIL DE LA MÈRE TUTRICE.

377. Aux termes de l'article 391, le père peut nommer à la mère survivante et tutrice, un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. Ce droit suppose encore l'incapacité de la mère. Le père ne peut pas la priver de la tutelle; elle tient ce droit de la nature, quoi qu'en dise le président Fabre qui traite de grande sottise la tutelle de la mère (3). Tronchet dit très-bien qu'à défaut du père, la mère est la personne la plus affectionnée de toutes celles qui peuvent prendre soin du mineur (4). Toutefois la loi a dû prévoir que la femme n'aurait pas l'expérience des affaires; elle peut renoncer en ce cas. Il se fait alors un partage de pouvoir entre la mère qui conserve la puissance paternelle et le tuteur qui gère les biens : de là des conflits presque inévitables. Mieux vaut que la mère conserve la tutelle, sauf à lui donner un conseil.

(1) Pothier, *Traité des personnes*, n° 158.
(2) C'est l'opinion de Magnin, *Traité des minorités*, t. Ier, n° 434, et d'Allemand, *Du mariage*, t. II, n° 1180. Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 410, note 23, admet le droit d'excuse plutôt que le droit de refus.
(3) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. Ier, p. 401 et suiv.
(4) Séance du conseil d'Etat du 26 frimaire an X, n° 7 (Locré, t. III, p. 377).

L'article 392 détermine les formes dans lesquelles doit se faire la nomination du conseil. Elle peut être faite d'abord par acte de dernière volonté, c'est-à-dire par testament. La loi dit *acte de dernière volonté* pour marquer que l'écrit doit être rédigé d'après les solennités prescrites par la loi, mais qu'il ne doit pas renfermer une disposition de biens, comme cela est requis pour le testament. Il va sans dire que si l'acte est nul en la forme, la nomination de conseil tombe; car elle doit se faire par un acte solennel, elle est donc aussi un acte solennel. Le père peut encore nommer un conseil par une déclaration faite devant le juge de paix, assisté de son greffier. Comme la loi ne dit pas devant quel juge de paix la nomination doit se faire, il en faut conclure que tout juge de paix est compétent pour la recevoir. Enfin, la déclaration peut aussi être faite devant notaires, c'est-à-dire par un acte notarié, reçu conformément à la loi du 25 ventôse an XI (1).

378. Le conseil n'est ni un tuteur, ni un subrogé tuteur. C'est la mère qui est tutrice, dit l'article 391, et l'article 421 veut qu'il soit nommé un subrogé tuteur à la mère survivante. Le conseil est un simple mandataire; il faut donc appliquer les principes qui régissent le mandat, et non les règles que la loi établit pour la tutelle. Ainsi le conseil est libre de refuser le mandat, tandis que le tuteur nommé par acte de dernière volonté doit accepter (article 401). Si le conseil refuse, il n'y a pas lieu de le remplacer, ni par le conseil de famille, ni par le tribunal. Ce sera à la mère à voir si elle veut se charger de la tutelle; si elle l'accepte, elle jouira de la plénitude de ses droits, les restrictions que le père a mises à son pouvoir venant à tomber par cela seul que le conseil refuse. Si le conseil accepte le mandat qui lui est conféré, il doit le remplir comme tout mandataire; mais il pourra toujours y renoncer (art. 2003). On ne peut pas imposer au conseil les garanties spéciales que la loi exige du tuteur; il n'est pas soumis à l'hypothèque légale, ni aux incapacités qui frappent le tuteur (art. 450, 908). Il n'y a aucun doute sur

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. Ier, p. 401 et suiv.

tous ces points, et il ne vaudrait presque pas la peine de le dire, si les auteurs ne s'occupaient de ces questions (1).

379. Quelles sont les fonctions du conseil? Il donne son avis à la mère tutrice, ou, comme le dit l'article 391 à la fin, il l'*assiste*. L'étendue de cette mission est déterminée par l'acte de nomination. Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil est nommé, la tutrice, dit l'article 391, sera habile à faire tous les autres sans son assistance. S'il ne les spécifie pas, la mère ne pourra faire, sans son avis, aucun acte relatif à la tutelle. Il va sans dire que la mère a en outre besoin du concours du subrogé tuteur et du conseil de famille dans les cas où la loi le prescrit. Le mari ne peut pas transporter au conseil les attributions que le code confie à ceux qu'il charge de contrôler la tutelle. Il ne peut pas davantage donner au conseil le pouvoir d'administrer ou de représenter le mineur : ce serait le transformer en tuteur; or, il n'est pas tuteur, c'est la mère qui est tutrice, c'est elle qui gère la tutelle avec l'assistance du conseil. Il a été jugé à plusieurs reprises que le père ne pouvait pas enlever à la mère l'administration des biens, puisque ce serait lui enlever la tutelle; peu importe que la mère eût consenti à exécuter le testament de son mari, elle peut toujours revenir sur son consentement; pour mieux dire, ce consentement est nul, car la tutelle étant d'ordre public, il n'y peut être dérogé par des conventions particulières (2). Si la loi permet au père de restreindre les pouvoirs de la mère, c'est uniquement pour éclairer la tutrice et la guider. Il a été jugé encore que le conseil n'a aucune qualité pour défendre à une action intentée par la mère contre les mineurs, même avec l'assistance du subrogé tuteur; ce n'est pas le conseil, c'est le subrogé tuteur qui doit intervenir quand il y a opposition d'intérêt entre le tuteur et le pupille (3).

380. L'article 391 dit que la mère ne peut agir sans

(1) Demolombe, t. VII, p. 45, n°s 86 et 87. Aubry et Rau, t. Ier, p. 402, note 8, et p. 406.

(2) Bruxelles, 2 mai 1806 et Gênes, 10 août 1811 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 89).

(3) Douai, 17 janvier 1820 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 90).

l'*avis* du conseil. Cela ne veut pas dire qu'elle peut se borner à prendre l'avis du conseil, sauf à ne pas le suivre. La loi explique ce qu'elle entend par *avis*, en ajoutant que la tutrice doit être *assistée* du conseil. Or, l'*assistance* est un concours à l'acte. C'est ainsi que le mineur émancipé ne peut faire certains actes sans l'assistance de son curateur (art. 480, 482); c'est ainsi que les prodigues et les faibles d'esprit ne peuvent faire les actes qui leur sont interdits sans l'assistance du conseil que le tribunal leur donne (art. 499, 513). Cela ne fait pas de doute (1). Mais que faut-il décider si le conseil refuse d'assister la mère? Les auteurs s'accordent à dire que la mère a un recours contre cette décision; les uns disent que le recours doit être porté devant le conseil de famille, les autres, que la tutrice doit s'adresser au tribunal (2). Si l'on admet un recours, c'est cette dernière opinion qu'il faut suivre. Le conseil de famille n'a que des attributions limitées; il n'est pas juge des conflits qui peuvent s'élever entre la mère tutrice et son conseil. Mais est-il bien certain qu'il y ait un recours? Nous en doutons (3). La volonté du père est que la mère ne puisse agir sans le conseil; n'est-ce pas contrevenir à cette volonté que de décider que la mère pourra agir malgré le conseil, si la famille ou le tribunal l'autorisent? L'intervention du conseil est une mission toute de confiance, d'amitié; conçoit-on que la famille ou le juge contrôlent une mission aussi intime? D'ailleurs la nomination d'un conseil implique l'incapacité de la femme; elle est placée sur la même ligne que le mineur émancipé et le prodigue. Ceux-ci peuvent-ils réclamer contre le refus d'assistance de leur curateur ou de leur conseil? Nous reviendrons sur cette question (4).

381. Y a-t-il des actes pour lesquels la mère n'a pas besoin d'être assistée de son conseil? On suppose que le père n'a rien spécifié dans l'acte de nomination. La ques-

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 287, n° II.
(2) Demolombe, t. VII, p. 50, n° 95, et les auteurs qu'il cite. Ajoutez Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 214, n° 140 *bis* II.
(3) C'est aussi l'avis de Marcadé, t. II, p. 189, art. 391, n° 1.
(4) Voyez le tome V de mes *Principes*.

tion paraît étrange quand on lit l'article 391 : il y est dit que la mère ne peut faire *aucun* acte relatif à la tutelle sans l'avis du conseil spécial que le père lui a donné. Cela n'est-il pas décisif? Toutefois il a été jugé que l'intervention du conseil n'est requise que pour les actes dont la tutrice prend l'initiative; que si une action est intentée contre elle, la mère ne doit pas être assistée, puisqu'elle est obligée d'y répondre (1). Voilà une étrange doctrine. De quel droit introduit-on dans la loi une distinction que le texte réprouve? Serait-ce parce que l'avis du conseil est inutile? L'assistance est toujours utile; il n'y a pas d'acte obligatoire, puisque toute action peut être l'objet d'une transaction; et ne voulût-on pas transiger, le conseil sera toujours utile à la tutrice. Après tout, le législateur a parlé et il a décidé; dès lors le juge n'a plus qu'à appliquer la loi.

382. Si la mère ne prend pas l'avis du conseil alors que l'acte de nomination l'y oblige, l'acte sera-t-il nul? La plupart des auteurs répondent que l'acte est valable, sauf au mineur à agir contre la mère. C'était l'ancienne jurisprudence. Nous croyons avec M. Demolombe que l'acte est nul. La nomination d'un conseil implique l'incapacité de la mère; elle est réellement déclarée incapable de gérer sans l'assistance du conseil. Or, conçoit-on qu'un acte fait par celui qui n'avait pas capacité de le faire soit maintenu? A quoi servirait alors la nomination d'un conseil? Le texte est conçu en ce sens : La mère *ne peut* faire, dit l'article 391; elle est *inhabile* à faire, ajoute la loi. Il y a donc une incapacité. On peut encore invoquer, comme l'a fait la cour d'Aix, les termes prohibitifs de la loi; la prohibition emporte nullité, surtout quand il s'agit d'une loi qui concerne l'ordre public. On oppose l'intérêt des tiers, qui peuvent ignorer la nomination du conseil, et qui, dans cette ignorance, doivent croire que la mère tutrice est capable. L'objection s'adresse au législateur. Il est très-vrai qu'il aurait dû prescrire une publicité quelconque pour prévenir les tiers. Il ne l'a pas fait; mais de là ne suit pas

(1) Besançon, 29 juin 1868 (Dalloz, 1868, 2, 203).

que la mère soit capable. Ce n'est pas le seul cas où le défaut de publicité nuit aux tiers qui contractent de bonne foi. L'émancipation est retirée par le conseil de famille ou par le père, sans publicité aucune; cependant le mineur cesse d'être capable et les actes qu'il fera seront régis par les principes qui régissent l'incapacité du mineur (1).

383. Le conseil est-il responsable? Il y a beaucoup d'incertitude sur ce point dans la doctrine. Il y en a qui invoquent le vieil adage qui déclare que l'auteur d'un conseil n'est pas responsable, à moins qu'il ne soit coupable de dol (2). Défions-nous des adages, ou du moins appliquons-les avec intelligence. Le conseil de la mère tutrice n'est pas un simple donneur d'avis; il est mandataire, libre de ne pas accepter le mandat qui lui est déféré, mais s'il l'accepte, il doit le remplir avec les soins d'un bon père de famille. Dès lors il doit répondre non-seulement de son dol, mais aussi de sa faute (3). On objecte que le conseil n'agit pas au nom du pupille dans l'intérêt duquel il a été nommé. Eh! qu'importe? Est-il mandataire, oui ou non? S'il ne l'est pas, il ne répond que de son dol; s'il l'est, il répond de toute faute (4).

N° 3. CONVOL DE LA MÈRE.

384. L'article 395 porte : « Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. » D'après le projet de code civil, le père qui se remariait était soumis à la même obligation. Au conseil d'Etat, Tronchet demanda que le père et la mère fussent mis sur la même ligne. Un second mariage, dit-il, peut faire douter de l'affection du père aussi bien que de l'affec-

(1) Demolombe, t. VII, p. 52, n° 98. Arrêt d'Aix du 31 mars 1840 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 91). En sens contraire, Aubry et Rau, t. Ier, p. 405, et les auteurs qu'ils citent, note 18.

(2) Fréminville, t. Ier, n° 42. Delvincourt, t. Ier, p. 270.

(3) Aubry et Rau, t. Ier, p. 404, note 16.

(4) Valette sur Proudhon, t. II, p. 288, n° IV, suivi par Demolombe, t. VII, p. 55, n° 102. En sens contraire, Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 214, n° 140 *bis* III, et les auteurs cités par Aubry et Rau, t. Ier, p. 404, note 16.

tion de la mère; et il est des circonstances où ce doute se convertit en certitude : tel serait le cas où un homme opulent épouserait sa servante. Bigot-Préameneu répondit qu'il y avait une différence entre le père et la mère. Le père, en se remariant, devient le chef de la nouvelle famille, il reste le maître de ses affaires, c'est lui qui, de fait et de droit, continue à gérer la tutelle. Tandis que la mère qui convole en secondes noces tombe sous puissance du second mari; c'est celui-ci qui de fait administrera les biens des enfants du premier lit et prendra soin de leur personne. Dès lors il faut que le conseil de famille intervienne pour examiner si le second mari mérite d'être chargé de la mission qu'il est appelé à exercer. Il y a du vrai dans cette remarque, mais elle ne répond pas suffisamment à la critique de Tronchet : reste toujours le defaut d'affection qui rend le père indigne de la tutelle aussi bien que la mère (1).

385. Le conseil de famille peut conserver la tutelle à la mère ou la lui enlever. Un arrêt de la cour d'Agen a fort bien jugé que le conseil ne doit priver la mère de la tutelle que la nature et la loi s'accordent à lui donner, que pour des causes graves et lorsque l'intérêt des enfants le réclame impérieusement. Dans l'espèce, la délibération du conseil de famille reconnaissait que le mariage de la veuve échappait à toute critique; on rendait hommage à son excellente conduite, à son dévouement et à sa tendresse pour sa fille; on ne contestait pas la parfaite honorabilité du futur mari, et les intérêts pécuniaires, très-médiocres, étaient entièrement sauvegardés. Cependant le conseil de famille avait enlevé la tutelle à la mère parce que le second mari, militaire, se trouvait exposé à de fréquents déplacements, et que cette vie vagabonde pouvait altérer la santé très-délicate de la mineure. La cour décida que la mère devait être maintenue dans la tutelle, la santé de l'enfant ne laissant rien à désirer, et l'affection éprouvée de la mère étant la meilleure garantie que l'on pût désirer pour la jeune fille (2).

(1) Séance du conseil d'Etat du 22 vendémiaire an XI, n° 13 (Locré, t. III, p. 386).

(2) Agen, 24 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 2, 20).

386. Le conseil de famille peut maintenir la mère dans la tutelle. Dans ce cas, la tutelle de la mère change de nature; ce n'est plus une tutelle légale, car la mère tient son droit non de la loi, mais de la délibération du conseil. La tutelle devient donc dative. De là suit que l'on doit appliquer à la mère tutrice les principes qui régissent la tutelle dative. Ainsi les articles 454, 455, 456 et 470 qui, en général, ne sont pas applicables au survivant des père et mère, recevront leur application à la mère remariée. On doit le décider ainsi d'autant plus que la mère n'est pas seule tutrice; son second mari est nécessairement cotuteur, et à son égard, la tutelle est exclusivement dative, et par conséquent soumise au droit commun (1).

Faut-il aller plus loin et dire que le conseil de famille peut, en conservant la tutelle à la mère, restreindre ses pouvoirs dans l'intérêt des enfants du premier lit? La question est controversée et il y a quelque doute. Si l'on s'en tient aux principes, elle est très-simple. La tutelle de la mère devient dative. Il s'agit donc de savoir si le conseil de famille peut déroger aux règles que le code établit sur les pouvoirs du tuteur. Nous avons d'avance répondu à la question. La tutelle étant d'ordre public, le conseil ne peut ni étendre les attributions du tuteur, ni y apporter des restrictions. Nous reviendrons encore sur ce point qui, à notre avis, ne souffre pas le moindre doute. La seule difficulté est de savoir si les principes généraux reçoivent une exception en cas de convol. Il nous semble que la position de la question la décide déjà. Une exception demande un texte. Et où est le texte qui autorise le conseil à restreindre le pouvoir de la mère tutrice? On dit que l'article 395 permet au conseil de retirer la tutelle à la mère; or, celui qui peut le plus peut le moins; donc le conseil peut conserver la tutelle à la mère en la limitant; il concilie par là tous les intérêts, ceux des mineurs et ceux de la mère tutrice. L'argument séduit au premier abord : si l'on y regarde de près, on se convainc qu'il viole le principe fondamental en

(1) C'est ce motif qui paraît avoir décidé la cour de Grenoble (arrêt du 21 juin 1855, Dalloz, 1856, 2, 277) et la cour de cassation, qui a rejeté le pourvoi par arrêt du 5 mai 1856 (Dalloz, 1856, 1, 242).

matière de tutelle, c'est qu'elle est d'ordre public et que la loi seule peut permettre d'y déroger. La loi le fait en donnant au père le droit de nommer un conseil à la mère. L'exception confirme la règle. Il n'y a pas de raisonnement qui puisse détruire ce principe (1).

On oppose l'intérêt des mineurs, l'intérêt de la mère. Quant à l'intérêt de la mère, nous l'écartons; la tutelle n'est pas organisée dans l'intérêt du tuteur. En ce qui concerne les enfants, nous dirons avec la cour de Caen que le législateur a organisé la tutelle de manière à sauvegarder les intérêts du pupille; s'il accorde au tuteur le pouvoir d'agir seul et en pleine liberté, quand il s'agit d'actes de simple administration, c'est qu'il a jugé que l'avantage de l'administration pupillaire l'exigeait. Il n'appartient pas aux tribunaux d'examiner si ces règles auraient pu être plus prévoyantes et plus sages; à force de vouloir être plus sages que le législateur, ils pourraient bien compromettre les intérêts qu'ils tiennent à garantir (2).

La jurisprudence se prononce pour l'opinion contraire. Ce qui paraît avoir déterminé la cour d'Agen, c'est que la mère, maintenue dans la tutelle, avait promis d'observer les conditions sous lesquelles la tutelle lui avait été conservée, conditions prescrites dans l'intérêt des mineurs (3). Comme on le voit, le fait l'emporta sur le droit strict. Le consentement de la mère ne peut pas valider des dérogations à une loi d'ordre public; si le conseil de famille n'a pas le droit de les stipuler, la mère n'a pas le droit d'y souscrire. Bien moins encore les tribunaux peuvent-ils enlever à la mère les droits qu'elle tient de la puissance paternelle, l'éducation et la garde de l'enfant. La cour de Bruxelles a confié l'enfant au tuteur, par la raison que la mère s'était mésalliée et que sa fille ne recevrait pas, dans la nouvelle famille de sa mère, une éducation conforme à

(1) Demolombe, t. VII, p. 87 et suiv., n°s 142-148. Aubry et Rau, t. Ier, p. 409, notes 36 et 37.

(2) Arrêt de Caen du 30 décembre 1845 (Dalloz, 1846, 4, 501, n° 9). Comparez arrêt de Grenoble du 28 juillet 1832 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 402, 4°).

(3) Arrêt d'Agen du 14 décembre 1830 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 100).

son rang(1). C'est oublier que les père et mère, sauf quand ils sont usufruitiers, ont un pouvoir absolu de diriger l'éducation comme ils l'entendent, sans être tenus d'élever leurs enfants selon le rang qu'ils occupent dans la société. Nous ne prétendons pas que cette liberté illimitée soit sans inconvénient et sans danger; mais telle est la loi, et il faut la respecter, en supposant même qu'elle soit mauvaise.

387. Lorsque le conseil de famille, dit l'article 396, conserve la tutelle à la mère, il lui donne *nécessairement* pour cotuteur le second mari. Le second mari est tuteur *nécessaire*, en ce sens que le conseil de famille ne peut maintenir la mère dans la tutelle qu'en nommant son mari cotuteur. La raison en est que si la mère est tutrice, son mari gérera la tutelle; le législateur a voulu que celui qui est cotuteur de fait, le soit aussi légalement. Il eût été injuste de rendre la mère seule responsable d'une administration qu'elle partage avec son conjoint. De là suit que si le nouveau conjoint ne peut pas être tuteur pour raison d'incapacité légale, la mère ne peut pas être maintenue dans la tutelle. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi à plusieurs reprises; l'exclusion du mari entraîne celle de la femme. Il y a cependant cette différence, c'est qu'à l'égard de la femme, il n'y a pas exclusion proprement dite, il y a seulement impossibilité légale de lui conserver la tutelle pendant la durée du mariage; c'est donc une suspension plutôt qu'une destitution (2).

388. Qui gère la tutelle quand elle est conservée à la mère? Il y a une grande diversité d'avis sur ce point. On dit que l'administration appartient au mari, si, d'après le régime sous lequel il est marié, il est administrateur des biens de la femme (3). Cette opinion doit être rejetée, parce qu'elle est contraire au texte comme à l'esprit de la loi. La tutelle appartient en principe à la mère, elle est tutrice; or, la tutelle est un mandat personnel qui

(1) Arrêt de Bruxelles du 28 janvier 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 24).
(2) Bruxelles, 18 juillet 1810 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 364) et 9 juillet 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 257).
(3) Magnin, t. Ier, nos 458-461. De Fréminville, t. Ier, nos 54 et 171.

doit être rempli par celui à qui la loi le confie. Aussi la loi dit-elle que la femme et son mari sont solidairement responsables de la gestion postérieure au mariage, ce qui implique que la femme et le mari gèrent la tutelle. Mais comment cette gestion à deux se fera-t-elle? Suffit-il, comme l'a jugé la cour de Bruxelles, que la femme agisse avec l'autorisation du mari (1)? Ce système paraît spécieux au premier abord. C'est bien la mère qui est la vraie tutrice; son second mari lui est seulement adjoint; cette adjonction, dit la cour, n'est qu'une suite nécessaire de l'autorité que la loi accorde au mari sur sa femme; donc la femme gère avec autorisation maritale. Ici, nous semble-t-il, il y a erreur. En disant que le mari est *cotuteur nécessaire*, la loi a voulu mettre le droit en harmonie avec le fait; le mari, qui de fait administrerait, devient aussi administrateur de droit. Voilà pourquoi il porte le nom de *cotuteur; étant tuteur*, il a le droit et le devoir de gérer la tutelle. Il y a donc deux tuteurs, l'un et l'autre responsables solidairement. N'est-ce pas dire clairement que l'un et l'autre gèrent? Il faut donc le concours de la femme tutrice et du mari cotuteur pour tout acte de gestion (2).

Aubry et Rau, qui enseignent cette opinion, y apportent une restriction. Si l'un des époux fait un acte d'administration et que l'autre ne s'y oppose pas, on peut, d'après les circonstances, considérer cet acte comme valable, dans l'intérêt des tiers, et en vertu d'un mandat tacite ou d'une adhésion de celui des tuteurs qui a gardé le silence. Cela nous paraît inadmissible; il en résulterait que, de droit comme de fait, le mari serait presque toujours seul tuteur et que la femme abdiquerait la tutelle. Sans doute, le tuteur peut s'aider d'administrateurs qui gèrent sous sa responsabilité (art. 454); mais quand la loi veut qu'il y ait deux tuteurs, l'un ne peut pas abdiquer la tutelle au profit de l'autre, ni par une procuration expresse, ni par un

(1) Bruxelles, 27 avril 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 129, et Dalloz, au mot *Minorité*, n° 102).
(2) Demolombe, t. VII, p. 78, n° 136. Aubry et Rau, t. Ier, p. 410 et note 39.

mandat tacite. Un pareil mandat ne donnerait pas au mineur la garantie du concours des deux tuteurs. En définitive, là où il y a deux tuteurs, il faut qu'ils agissent l'un et l'autre.

389. Si la mère qui se remarie ne convoque pas le conseil de famille, elle perd la tutelle de plein droit; et si elle continue à la gérer, la loi déclare que le nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle que la mère aura indûment conservée (art. 395). Le code suppose, ce qui arrivera le plus souvent, que la mère continue à gérer la tutelle soit par ignorance de la loi, soit qu'elle n'aime pas d'exposer l'union qu'elle va contracter à la critique de la famille. Il y a donc alors une tutelle de fait. Cette tutelle est-elle régie par les principes qui régissent la tutelle légale? La loi ne s'explique que sur un seul point, la responsabilité. Il allait sans dire que la mère est responsable de sa gestion; c'est le droit commun. Si le second mari intervient dans la gestion, il est également responsable, toujours en vertu du droit commun. La loi va plus loin; elle impose une responsabilité exceptionnelle au mari : il est responsable de *toutes les suites* de la tutelle, dit l'article 395, et il en est tenu solidairement. Qu'est-ce que la loi entend par *toutes les suites de la tutelle?* L'opinion commune est que le mari est responsable non-seulement de la gestion postérieure au mariage, mais encore de la gestion qui l'a précédée. Cela semble résulter de la combinaison des articles 395 et 396. Quand la mère est maintenue dans la tutelle, le second mari est cotuteur, et la loi le déclare responsable, solidairement avec sa femme, *de la gestion postérieure au mariage*. Lorsque la mère est déchue de la tutelle et qu'elle la gère illégalement, la loi dit que le nouveau mari sera solidairement responsable de *toutes les suites de la tutelle* qu'elle aura indûment conservée. Il y a une différence de rédaction qui paraît impliquer, dans la dernière hypothèse, une responsabilité plus étendue que dans la première; et quelle serait bien cette responsabilité plus étendue, sinon celle de la gestion antérieure au mariage? Ce qui donne une grande autorité à cette interprétation, c'est que, dans

l'ancien droit, le mari encourait cette responsabilité. C'était une espèce de peine dont la loi le frappait; et la peine s'explique. En ne convoquant pas le conseil, la mère cesse d'être tutrice, elle doit rendre compte de sa gestion et payer le reliquat; le nouveau mari devrait veiller à ce que le compte soit rendu et le reliquat payé; en ne le faisant pas, il participe à la faute, peut-être au dol de sa femme; il est donc très-juste qu'il réponde des suites de l'ancienne gestion. Telle est la doctrine commune, et elle est consacrée par la jurisprudence (1).

Cependant il y a un motif de douter qui nous fait pencher vers l'opinion contraire, soutenue par Ducaurroy, et admise par Demolombe ainsi que par Massé et Vergé, les traducteurs de Zachariæ (2). Le projet de code civil, arrêté au conseil d'Etat et communiqué officieusement au Tribunat, contenait une disposition ainsi conçue : « A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son nouveau mari sera solidairement responsable de l'*indue gestion qui aura eu lieu depuis le mariage.* » Ainsi les auteurs du code civil, après délibération, s'écartaient formellement de l'ancienne jurisprudence. Voilà un premier point qui est considérable. On ne peut plus invoquer l'ancien droit pour interpréter le droit nouveau, à moins de prouver qu'après l'avoir répudié, les auteurs du code ont eu l'intention d'y revenir. Il faut donc voir quels sont les motifs pour lesquels le Tribunat proposa un changement de rédaction : c'est là l'élément décisif du débat. On lit dans les Observations de la section de législation du Tribunat que « l'expression littérale de la loi semblait autoriser le nouveau mari à prétendre qu'il n'était responsable que de la *gestion* qui aurait eu lieu depuis le nouveau mariage, » c'est-à-dire qu'il ne serait pas responsable du *défaut de gestion.* La section ajoute que le véritable esprit de la loi « est que le mari réponde du *défaut de gestion*

(1) Voyez Aubry et Rau, t. Ier, p. 407, note 26, et les auteurs ainsi que les arrêts qu'ils citent.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. Ier, p. 422, nº 595. Demolombe, t. VII, p. 71, nº 127. Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. Ier, p. 457, note 3.

comme de l'*indue gestion;* » pour prévenir tout doute à cet égard, elle proposa la rédaction suivante : « Et son nouveau mari *sera solidairement responsable avec elle depuis le mariage* (1). » On voit que le Tribunat ne songea pas même à revenir à l'ancienne jurisprudence, en rendant le mari responsable de la gestion antérieure au mariage; il adopta au contraire le nouveau principe admis par le conseil d'Etat; sa proposition tendait uniquement à lever un doute sur la responsabilité du mari en cas de *défaut de gestion.* Voilà donc le Tribunat et le conseil d'Etat d'accord pour limiter la responsabilité du nouveau mari à la tutelle postérieure au mariage. Est-ce que, lors du dernier vote, le conseil changea de système? Il n'y a pas un mot dans les travaux préparatoires qui dénote cette intention : la section de législation fit droit aux observations du Tribunat, sans cependant adopter la rédaction qu'il avait proposée. Pour marquer que la responsabilité embrassait le *défaut de gestion* aussi bien que la gestion, le conseil d'Etat employa cette expression : le nouveau mari sera responsable de *toutes les suites de la tutelle.* Ces mots n'impliquent donc pas l'intention d'étendre la responsabilité à la gestion antérieure. Cela suffit pour renverser l'interprétation généralement suivie. Il y a plus : le Tribunat limitait formellement la responsabilité à la tutelle postérieure au mariage. Le conseil d'Etat exprime la même idée en ajoutant : « De la tutelle qu'elle aura *indûment conservée.* » Ce n'est donc pas des suites de *toute* la tutelle que le mari répond, c'est des suites de la tutelle indue, illégale, de la tutelle de fait. Après cela, on est assez étonné de lire dans un arrêt qu'il résulte *à l'évidence* de la discussion du code Napoléon au conseil d'Etat, que la responsabilité du second mari s'étend à la gestion antérieure au mariage (2)!

390. La mère et son nouveau mari sont-ils tuteurs lorsque le conseil de famille n'a pas été convoqué? Ils ne sont pas tuteurs, légalement parlant, cela est certain, puis-

(1) Observations du Tribunat, n° 7 (Locré, t. III, p. 404)
(2) Arrêt de Dijon du 16 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 2, 140)

que la loi dit que la mère perd la tutelle de plein droit; si elle continue à la gérer, c'est *indûment*, dit l'article 395. Si la mère n'est pas tutrice, le mari ne peut pas être tuteur. L'un et l'autre sont tuteurs de fait; sont-ils, en cette qualité, soumis aux lois qui régissent la tutelle? Au titre des *Hypothèques*, nous examinerons la question de savoir si l'hypothèque légale qui frappait les biens de la mère tutrice, au moment où elle se remarie, subsiste, et si les mineurs ont une hypothèque légale sur les biens du nouveau mari. A notre avis, la tutelle de fait ne peut avoir d'autres effets que ceux que la loi lui attribue (n° 373). Ce n'est pas une tutelle, c'est une gestion indue; donc on ne peut appliquer à la mère et à son mari les dispositions qui régissent la tutelle. Le tuteur est soumis à certaines incapacités (art. 472, 907). En est-il de même du tuteur de fait? La raison sans doute le demanderait : n'est-il pas absurde que celui qui gère illégalement la tutelle soit affranchi d'incapacités qui pèsent sur celui qui la gère légalement? Ce motif a entraîné la doctrine et la jurisprudence (1). Si l'on s'en tient à la rigueur des principes, il faut décider, et même sans hésiter, qu'il n'y a pas d'incapacité légale sans loi; que s'il en résulte une conséquence absurde, il faut renvoyer le reproche au législateur. Toutefois l'article 472 serait applicable à la mère tutrice, puisqu'elle est tenue de rendre compte au moment où elle perd la tutelle; donc aucun traité ne peut intervenir entre elle et son enfant jusqu'à ce que ce compte ait été rendu conformément à la loi. Quant à la gestion illégale que la mère a continuée avec son mari, ils en sont certainement comptables, mais la nullité établie par l'article 472 ne recevrait plus d'application. Tout au plus pourrait-on dire que les tribunaux auraient le droit d'annuler les traités faits dans le but de dispenser le tuteur de rendre compte, comme faits en fraude de la loi, le juge pouvant prononcer des nullités virtuelles fondées sur la volonté tacite du législateur. L'article 907 donne lieu à d'autres difficultés; nous y reviendrons au titre des *Donations*.

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Minorité*, n°s 110-112.

Si la mère perd la tutelle, elle conserve néanmoins la puissance paternelle. C'est une nouvelle anomalie. Elle ne peut pas légalement administrer les biens de ses enfants, tandis qu'elle a toujours le droit d'éducation, partant le droit de garde. Elle a aussi le droit d'émanciper ses enfants. La jurisprudence a consacré ces principes (1), et ils ne donnent lieu à aucun doute.

391. Quel est le sort des actes faits par la mère quand elle gère comme tutrice de fait? Le tuteur légal représente le mineur dans tous les actes civils (art. 450), et les actes qu'il fait dans la limite de ses attributions lient le mineur. Quant au tuteur de fait, il n'a aucune qualité pour représenter le mineur; donc les actes de gestion ne peuvent pas obliger celui-ci. Mais qui peut se prévaloir de la nullité? On serait tenté de décider, au premier abord, que la nullité est radicale et d'ordre public, puisque c'est un usurpateur de la tutelle qui gère. Si la tutelle était, comme on le prétend, une institution de droit public, il faudrait le décider ainsi. A vrai dire, il ne s'agit jamais que d'un intérêt privé; donc le mineur seul peut invoquer la nullité. C'est l'application des principes généraux qui régissent les nullités (2). Puisque le mineur demande la nullité dans son intérêt, il faut qu'il prouve qu'il est lésé (3). Il n'y a pas lieu de distinguer, comme on le fait en matière de tutelle légale, entre les actes nuls en la forme et les actes rescindables pour cause de lésion (art. 1311). La question doit plutôt être décidée par les principes qui régissent la gestion d'affaires, mais il ne faut pas perdre de vue que c'est une gestion illégale. De là suit que les tiers qui traitent avec le tuteur de fait ne peuvent pas se prévaloir de leur bonne foi (4). La bonne foi des tiers ne donne pas au tuteur de fait le droit d'agir. On invoque l'article 1240, qui permet au débiteur de payer à celui qui est en possession

(1) Liége, 6 mai 1806 et Colmar, 7 juin 1807 (Dalloz, au mot *Minorité* nos 773, 1o et 118).
(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 107, no 72.
(3) Bruxelles, 19 avril 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 135). Arrêt de la cour de cassation du 7 mars 1827 (Dalloz, au mot *Faillite*, no 273).
(4) Demante admet l'exception de bonne foi (*Cours analytique*, t. II, p. 217, no 144 *bis* I).

de la créance. Mais peut-on dire de la mère déchue de la tutelle qu'elle est en possession de la qualité de créancière? Non, certes. On ne peut pas même dire que les tiers soient de bonne foi. Car le second mariage étant public, ils devaient savoir que la mère tutrice était obligée de convoquer le conseil de famille, et qu'à défaut de convocation, elle était déchue de la tutelle (1).

392. Quand la mère ne convoque pas le conseil de famille, elle perd de plein droit la tutelle. Il y a donc lieu à la remplacer. C'est le conseil de famille qui doit nommer le tuteur. Le tribunal de la Seine avait jugé que la mère était remplacée par l'ascendant tuteur légitime. Cette décision fut réformée en appel; il suffit de lire les articles 402 et 405 pour se convaincre que c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur lorsque la mère tutrice s'excuse ou est exclue. Il est vrai que la perte de la tutelle n'est pas une exclusion proprement dite, mais la différence qui existe entre l'exclusion et la perte n'influe pas sur la succession des tutelles : d'après l'esprit comme d'après le texte de la loi, la tutelle ne peut être déférée aux ascendants aussi longtemps que l'un des père et mère vit (2).

La mère déchue de la tutelle peut-elle être nommée tutrice par le conseil de famille? Oui, et sans doute aucun. Il est vrai que ceux qui ont été destitués de la tutelle ne peuvent plus être tuteurs (art. 444); mais ici il faut tenir compte de la différence qui existe entre la destitution ou l'exclusion, et la perte de la tutelle. La veuve qui se remarie n'est pas destituée, donc on ne peut lui appliquer les articles 444 et 445. Si elle est coupable de dol, le conseil de famille ne la nommera pas; mais s'il n'y a rien à lui reprocher qu'une simple négligence, due à l'ignorance de la loi, le conseil pourra la nommer tutrice en lui donnant le nouveau mari pour cotuteur. Telle est aussi l'opinion commune, et elle est consacrée par la jurisprudence (3).

(1) Aubry et Rau, t. I[er], p. 408 et note 28. Comparez Demolombe, t. VII, p. 63, n[os] 120-122.
(2) Paris, 24 juin 1856 (Dalloz, 1857, 2, 10) et Montpellier, 13 juin 1866 (Dalloz, 1868, 2, 162).
(3) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Minorité*, n[os] 114 et 271.

N° 4. DU CURATEUR AU VENTRE.

393. L'article 393 porte : « Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille. A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur en sera de plein droit le subrogé tuteur. » Pourquoi la loi n'organise-t-elle pas immédiatement la tutelle? Si la veuve est réellement enceinte, l'enfant conçu est héritier de son père (art. 725); dès lors la mère doit être sa tutrice. Telle devrait être la décision de la loi, s'il était certain que la mère fût enceinte. Mais la mère peut ne pas l'être, quoiqu'elle déclare sa grossesse; on peut craindre qu'elle ne simule une grossesse et un accouchement afin d'avoir l'usufruit des biens délaissés par le père prédécédé. Dès lors il importe que la mère ait un surveillant qui veille à ce qu'il n'y ait point de supposition de part, et qui administre les biens en attendant que l'on sache qui sera l'héritier du père. Quand même la mère serait enceinte, il faut encore s'assurer si l'enfant naît viable; car ce n'est qu'à cette condition qu'il succédera. S'il naissait non viable, il y aurait un nouveau danger, c'est que la mère ne cache pendant quelque temps la mort de l'enfant pour pouvoir lui succéder. Nouvelle raison pour qu'il y ait un surveillant. De là l'institution et le nom un peu barbare de *curateur au ventre*.

394. Y a-t-il lieu à la nomination d'un curateur au ventre lorsque, à la mort du père, il y a des enfants qui lui succèdent? La question est controversée; nous croyons qu'elle est décidée par le texte même de l'article 393. Il dit qu'à la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et que le curateur en deviendra de plein droit le subrogé tuteur. La loi suppose donc qu'il n'y a encore ni tutrice ni subrogé tuteur, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'enfants, au moins pas d'enfants mineurs. S'il y en a, il y a nécessairement un tuteur et un subrogé tuteur. Dès lors il ne peut pas être question de nommer un curateur qui sera subrogé tuteur, à moins que l'on ne dise qu'il y aura deux subrogés tuteurs, ce qui est absurde. Il y a plus : la no-

mination d'un curateur, en ce cas, est inutile. Le père prédécédé a des héritiers auxquels la succession est déférée, il y a un tuteur qui administre les biens. On ne doit plus craindre une supposition de part, puisque la mère n'y a plus aucun intérêt; en effet, elle a l'usufruit des biens délaissés par le père, puisqu'on suppose qu'il y a des enfants mineurs. Dans le projet de code, arrêté au conseil d'Etat et communiqué officieusement au Tribunat, il y avait une disposition en ce sens. La section de législation proposa de la rédiger comme suit : « Quand il existera d'autres enfants mineurs non émancipés, leur subrogé tuteur remplira en même temps les fonctions de curateur à l'enfant à naître. » La disposition fut retranchée, on ne sait par qui ni pourquoi, probablement par la section de législation du conseil d'Etat, et par le motif qu'il était inutile dans cette hypothèse de nommer un curateur au ventre, puisqu'il ne faut ni administrateur ni surveillant (1).

Que faut-il décider si les enfants sont émancipés ou majeurs? La loi ne prévoit pas ce cas; il faut donc décider qu'il n'y a pas lieu à la nomination d'un curateur. Dans quel but le nommerait-on? Ce n'est pas pour administrer les biens, il y a des administrateurs, ce sont les enfants héritiers de leur père. Est-ce pour prévenir une supposition de part (2)? La mère y aurait intérêt pour avoir l'usufruit légal; mais dans le silence de la loi, est-il permis au juge ou au conseil de famille de prendre cette mesure de defiance? Non. Le législateur aura pensé qu'il y avait des parties intéressées à surveiller la mère si elle voulait simuler une grossesse; ce sont les enfants majeurs ou émancipés, héritiers de leur père; leur intérêt suffit pour écarter tout danger d'un crime aussi peu probable, alors qu'il y a des enfants sur les lieux, dans la maison paternelle.

393. Quelles sont les fonctions du curateur au ventre?

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. Ier, p. 420, n° 592. Marcadé, t. II, p. 190, art. 393, n° II. Demolombe, t. VII, p. 37, nos 71 et 72. Valette, *Explication sommaire*, p. 228. Voyez, en sens contraire, Dalloz, au mot *Minorité*, n° 127, et les auteurs qu'il cite.

(2) C'est l'opinion de Demolombe, t. VII, p. 36, n° 70.

Il doit surveiller la mère pour empêcher une supposition de part. Le droit romain l'autorisait à exercer une surveillance que Toullier qualifie d'inquisitoriale ; il dit avec raison que nos mœurs proscrivent une inquisition blessante, immorale et qui pourrait dégénérer en attentat à la liberté individuelle. Il faut donc que la surveillance du curateur ne blesse pas nos mœurs, c'est-à-dire cette délicatesse de sentiment que nous devons aux progrès de la civilisation, ni la liberté individuelle qui fait l'essence de notre existence civile et politique (1).

Le curateur doit aussi administrer les biens du mari prédécédé. Il en était ainsi dans l'ancien droit, et le code civil est rédigé dans le même esprit. L'article 393 dit que la mère n'est pas encore tutrice, elle le sera si l'enfant naît viable ; elle n'a donc aucune qualité pour administrer ; les successeurs du mari n'en ont pas davantage, car on ne sait pas encore qui sera héritier. C'est précisément à raison de cette incertitude qu'on nomme un curateur. Il administre dans l'intérêt de l'enfant, s'il vient à naître viable, et dans l'intérêt des autres héritiers présomptifs. Puisque son administration ne dure que quelques mois, il va sans dire qu'il ne peut faire que les actes conservatoires et d'administration provisoire ; il doit conserver plutôt qu'administrer (2). Il est comptable de sa gestion, comme tout administrateur.

§ II. *De la tutelle testamentaire.*

396. Aux termes de l'article 397, « le droit individuel de choisir un tuteur parent, ou même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère. » Le code appelle ce droit un *droit individuel*, par opposition à la tutelle dative qui est déférée par une assemblée de parents réunis en conseil de famille. On appelle le tuteur nommé par le dernier mourant des père et mère, tuteur *testamentaire*, parce que cette tutelle ne s'ouvre qu'à la mort du

(1) Toullier, t. II, n° 400. Comparez Demolombe, t. VII, p. 31, n° 58.
(2) Duranton, t. III, p. 419, n° 430. Toullier, t. II, n° 1100. Demolombe, t. VII, n° 52, p. 30.

père ou de la mère tuteurs. La nomination peut se faire par testament, pour mieux dire par acte de dernière volonté; elle peut aussi se faire par une déclaration reçue par le juge de paix ou par un notaire (art. 398, 392).

La loi donne ce droit au dernier mourant des père et mère. De là suit que le premier mourant ne peut pas nommer un tuteur testamentaire. La tutelle appartient de droit au survivant, et aucun des père et mère ne peut priver son conjoint de la tutelle. Il faut le décider ainsi quand même le conjoint serait incapable d'exercer la tutelle, par exemple s'il était interdit. La question est controversée, mais il n'y a vraiment pas lieu à controverse, puisque le texte est formel (1). De là suit encore que le survivant des père et mère qui refuse la tutelle ne peut nommer un tuteur pour prendre sa place; en effet, la loi ne donne pas ce droit au survivant, elle le donne au dernier mourant. Si c'est la mère qui survit et qui refuse la tutelle, l'article 394 dit formellement qu'elle doit faire nommer un tuteur; c'est dire qu'il y a lieu à la tutelle dative. Il en faut dire autant en cas d'excuse du père; l'article 405 est tout aussi exprès, puisqu'il porte que le conseil de famille nomme le tuteur quand le père est excusé. C'est l'opinion commune, sauf quelques dissidences que nous regrettons, parce qu'elles font croire qu'il n'y a rien de certain en droit et que l'évidence même est controversable (2).

Que faut-il décider si le survivant des père et mère meurt, alors qu'il y a un tuteur datif en exercice? En s'en tenant à la lettre de l'article 397, on pourrait dire qu'il est dernier mourant et que par conséquent il peut nommer un tuteur. Mais si le texte laisse quelque doute, l'esprit de la loi n'en laisse aucun. Pourquoi le code donne-t-il au dernier mourant le droit de nommer un tuteur? Parce que lui mieux que personne sait quel est le parent ou l'ami qui est digne de prendre sa place. Mais il n'y a pas lieu de remplacer le père ou la mère qui n'exerce pas la tutelle. Quand

(1) C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Delvincourt, t. VII (Demolombe, t. VII, p. 99, n° 156, et les auteurs qu'il cite).

(2) Aubry et Rau citent les auteurs qui ont traité la question (t. Ier, p. 412, note 5).

faut-il pourvoir à la tutelle, c'est-à-dire à l'administration de la personne des biens d'un mineur? Lorsqu'il n'a pas de protecteur. Quand il en a un, à quoi bon en nommer un autre? Serait-ce parce que la loi a plus de confiance dans un tuteur nommé par le père que dans un tuteur datif? En ce cas, elle aurait dû lui donner le droit de nommer toujours le tuteur, au père quand il s'excuse et à la mère quand elle refuse, tandis qu'elle fait nommer le tuteur par le conseil de famille. Pourquoi le survivant, qui ne peut pas nommer un tuteur pendant sa vie, acquerrait-il le droit d'en nommer un à sa mort? Ce serait lui donner le droit de révoquer un tuteur. Or, ce droit n'appartient à personne, sauf au conseil de famille en cas de destitution (1).

397. Si le survivant est exclu ou destitué de la tutelle, il ne peut plus nommer de tuteur à ses enfants. Sur ce point, tout le monde est d'accord. On donne comme raison que le père ou la mère, exclu ou destitué, ne pourrait pas concourir, comme membre du conseil de famille, à la nomination d'un tuteur datif; à plus forte raison ne peut-il pas faire seul ce qu'il ne pourrait faire avec d'autres (2). Il y a un motif plus décisif. C'est que, quoique dernier mourant, le père ou la mère exclu ou destitué n'est pas tuteur. Or, nous venons de voir que le survivant qui n'est pas tuteur ne peut pas nommer de tuteur testamentaire.

La loi elle-même applique ce principe à la mère remariée qui n'est pas maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage; elle ne peut leur choisir un tuteur, dit l'article 399. Peu importe qu'elle ait perdu la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille, ou que le conseil lui ait retiré la tutelle. Dans tous les cas, elle n'est pas tutrice; elle ne peut donc pas nommer un tuteur pour la remplacer. Il est vrai que dans ce cas il peut ne pas y avoir de tuteur datif; il n'y aura donc, à la mort de la mère, qu'une tutelle de fait : toujours est-il que la mère ne peut pas déléguer un pouvoir qu'elle n'a pas.

(1) C'est l'opinion la plus généralement suivie (voyez les témoignages dans Dalloz, n° 135).

(2) Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, et les auteurs qu'ils citent, t. Ier, p. 44, note 7.

398. Il se présente une dernière hypothèse. Le survivant est tuteur à sa mort, mais tuteur datif. Le père, après avoir été excusé, est nommé tuteur; la mère, après avoir refusé, est nommée tutrice : peuvent-ils nommer un tuteur testamentaire? Il y a un motif de douter. Le dernier mourant est tuteur dans ce cas; on pourrait donc dire qu'il est dans le texte et dans l'esprit de la loi. Cependant nous croyons qu'il ne pourra pas nommer un tuteur. Il a pour lui le texte, mais dans l'esprit de la loi, la nomination d'un tuteur testamentaire est une délégation que le dernier mourant fait des pouvoirs qu'il tient de la nature et de la loi. Or, quand il est tuteur datif, il tient son pouvoir du conseil, et ce pouvoir, il ne peut le déléguer : le conseil qui l'a nommé peut seul lui choisir un remplaçant (1).

Le code applique ce principe à un cas particulier. La mère remariée est maintenue dans la tutelle, elle est donc tutrice dative et légale tout ensemble : pourra-t-elle nommer un tuteur à ses enfants du premier mariage? Oui, dit l'article 400, mais son choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille. Elle peut nommer un tuteur, car elle n'a jamais cessé d'être tutrice légale; c'est dans cette tutelle légale qu'elle est maintenue, mais comme il faut une délibération du conseil de famille pour l'y maintenir, il faut aussi une délibération du conseil pour confirmer la nomination qu'elle aura faite. Cette intervention du conseil, exigée par les principes, est aussi fondée en raison. La femme remariée est sous l'influence de son nouveau conjoint; elle pourrait nommer tuteur, soit le mari, soit un parent du mari, soit même un étranger dont le choix lui aurait été dicté par son mari. Il est bon que le conseil de famille examine si le tuteur qu'elle a nommé est digne de remplir cette mission (2). La tutelle n'en sera pas moins une tutelle testamentaire, car c'est la mère qui nomme le tuteur; le conseil confirme seulement son choix. De là suit qu'il n'y a pas lieu à la tutelle des ascendants si le tuteur testamentaire est excusé; ce sera au conseil

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 195, art. 400, n° I.
(2) Observations du Tribunat, n° 8 (Locré, t. III, p. 405), et séance du conseil d'Etat du 22 vendémiaire an XI, n° 19 (Locré, t. III, p. 387).

de famille à nommer un tuteur datif, d'après la disposition expresse de l'article 405 (1).

399. Le tuteur élu par le père ou la mère est obligé d'accepter la tutelle, comme tout tuteur. Mais il peut aussi, comme tuteur, se prévaloir des excuses admises par la loi. C'est ce que veut dire l'article 401, qui porte : « Le tuteur élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il n'est d'ailleurs dans la classe des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale le conseil de famille eût pu en charger. »

§ III. *De la tutelle des ascendants.*

400. Les ascendants sont appelés à la tutelle par la loi. C'est donc aussi une tutelle légale. Les ascendantes ne sont pas tutrices légitimes; d'après l'article 442, elles peuvent être tutrices, mais la loi ne leur défère pas de plein droit la tutelle. Elles y étaient appelées par le projet de code civil. La mère étant tutrice de droit, on ne voit pas, au premier abord, pourquoi les ascendantes ne le sont pas. Berlier explique la raison de cette apparente anomalie. Il eût été dangereux, dit-il, d'admettre de plein droit comme tutrices des personnes en qui la faiblesse du sexe est jointe à la faiblesse de l'âge. C'est au conseil de famille ou au dernier mourant des père et mère à nommer l'ascendante qui est en état de porter le lourd fardeau de la tutelle (2).

401. Quand y a-t-il lieu à la tutelle des ascendants? L'article 402 répond : « Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère; » ce qui implique que la tutelle n'est pas déférée aux ascendants lorsque le survivant n'est pas tuteur à sa mort. Le père survivant s'excuse : aux termes de l'article 405, c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur.

(1) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 294, n° III.
(2) Séance du conseil d'Etat du 22 vendémiaire an XI, n° 23 (Locré, t. III, p. 388).

Si la mère survivante refuse la tutelle, elle doit faire nommer un tuteur par le conseil de famille (art. 394). Il en est de même quand la mère qui se remarie n'est pas maintenue dans la tutelle, ou lorsqu'elle la perd pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille. L'article 402 n'est pas applicable, car il n'appelle les ascendants à la tutelle que lorsqu'il n'a pas été choisi de tuteur par le dernier mourant des père et mère ; et dans l'espèce, la mère vit, et il ne lui est pas permis de son vivant de choisir un tuteur ; il ne reste donc que la tutelle dative. La question a été décidée en ce sens par la jurisprudence, et elle n'est pas douteuse, bien que l'article 405 ne prévoie pas textuellement cette hypothèse (1). On peut demander pourquoi le législateur préfère la tutelle des ascendants, alors qu'il y a un des père et mère qui survit et qui n'est pas tuteur. Les travaux préparatoires ne nous font pas connaître les motifs de la loi ; on est donc réduit à les deviner. Nous ne voyons qu'une raison de convenance : tant que le père ou la mère vit, il ne convient pas qu'un ascendant soit appelé à une tutelle que le survivant des père et mère n'exerce pas (2). Le motif n'est pas bien déterminant ; car l'ascendant peut être élu par le conseil de famille, il gérera donc la tutelle du vivant du père ou de la mère.

Il suit de là que si le tuteur légal donne sa démission ou est destitué, il y a lieu, non à la tutelle des ascendants, mais à la tutelle dative. En cas de destitution, il n'y a aucun doute ; nous avons un texte : l'article 405 dit formellement que le conseil de famille nomme le tuteur quand le père ou la mère est exclu de la tutelle (3). Quant à la démission, elle est donnée ou en vertu d'une cause, et dans ce cas encore l'article 402 décide que le conseil de famille nomme le tuteur, ou elle est donnée pour prévenir la destitution, ce qui nous replace toujours dans le texte de l'article 405 (4). Cette disposition confirme donc le principe

(1) Arrêts de la cour de cassation du 26 février 1807 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 151) et de Paris du 24 juin 1856 (Dalloz, 1857, 2, 10). Duranton, t. III, p. 437, n° 446.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 198, art. 404, n° II.

(3) Toulouse, 18 mai 1832 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 363, 5°).

(4) Paris, 24 juillet 1835 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 210).

que la tutelle n'est pas déférée aux ascendants pendant la vie du père ou de la mère.

402. Le dernier mourant des père et mère a choisi un tuteur, mais le tuteur testamentaire est excusé. Y a-t-il lieu, en ce cas, à la tutelle des ascendants ou à la tutelle dative? Les auteurs s'accordent à enseigner que la tutelle doit être déférée par le conseil de famille. Cette opinion se fonde sur le texte de l'article 402 : « Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de droit à l'aïeul paternel. » Donc, dit-on, quand le dernier mourant a choisi un tuteur, la tutelle n'appartient plus de droit aux ascendants. S'il n'y avait que cette seule raison de décider, la question resterait douteuse, car on fait dire à la loi plus qu'elle ne dit; c'est un de ces arguments que l'on tire du silence de la loi et qui sont très-dangereux. Mais l'article 405 confirme l'interprétation que l'on donne à l'article 402; il décide que si le tuteur élu par les père ou mère est valablement excusé, il sera pourvu, par un conseil de famille, à la nomination d'un tuteur. Ce texte ne laisse aucun doute; nous ne concevons pas que la cour de Bruxelles ait pu juger le contraire, en invoquant l'esprit de la loi et l'intention du père ou de la mère qui a nommé le tuteur (1). La volonté du testateur est douteuse; on peut dire qu'il a voulu exclure les ascendants d'une manière absolue; on peut dire aussi qu'il n'a voulu les exclure que si le tuteur qu'il choisit accepte la tutelle. Le législateur a préféré la première interprétation, à tort ou à raison, peu importe; dès qu'il a parlé, l'interprète doit obéir; il ne peut se prévaloir de la volonté incertaine du testateur contre un texte clair et formel (2).

Par les mêmes raisons, il faut décider que si le tuteur testamentaire décède ou est destitué, il n'y a pas lieu à la tutelle des ascendants. Le conseil de famille nomme le tuteur quand le tuteur élu par le dernier mourant des père et mère est exclu; c'est la disposition formelle de l'arti-

(1) Bruxelles, 11 mars 1819 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 149).
(2) C'est l'opinion générale (voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 149).

cle 405 (1). Quand le tuteur testamentaire meurt, le texte de l'article 405 n'est plus applicable ; mais reste toujours l'article 402, qui ne défère la tutelle aux ascendants que lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère (2). Nous supposons naturellement que le tuteur testamentaire a survécu au testateur, et qu'il meurt après avoir accepté la tutelle. S'il prédécède, la nomination tombe, on n'est plus ni dans le texte, ni dans l'esprit de l'article 402. On ne peut plus dire que le dernier mourant a entendu exclure l'ascendant. Telle avait été, il est vrai, son intention quand il a nommé un tuteur; mais, cette nomination devenant caduque de son vivant, il aurait dû nommer un nouveau tuteur, s'il voulait empêcher la tutelle des ascendants; garder le silence, c'est déclarer implicitement la volonté que la tutelle passe aux ascendants.

403. Dans quel ordre la tutelle est-elle déférée aux ascendants? L'article 402 porte que la tutelle appartient de droit à l'aïeul paternel; à défaut de celui-ci, à son aïeul maternel, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré. Donc s'il y a une différence de degré, l'ascendant le plus proche est appelé à la tutelle, quand même ce serait un aïeul maternel; la préférence n'est accordée à l'aïeul paternel que s'il y a égalité de degré. Lorsqu'il n'y a pas d'ascendants au second degré, il peut y avoir concurrence entre deux ascendants d'un degré supérieur, appartenant tous les deux à la ligne paternelle du mineur; la tutelle passera, en ce cas, dit l'article 402, à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur. La même concurrence peut exister entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle; la loi veut que, dans ce cas, le conseil de famille nomme le tuteur, mais il devra choisir l'un des deux ascendants (art. 403). Dans le premier cas, la loi désigne elle-même l'ascendant qui doit être tuteur, parce qu'il y a un motif de préférence, l'enfant por-

(1) Rouen, 18 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 150, 3°).
(2) Marcadé, t. II, p. 199, n° II de l'article 404. En sens contraire, Duranton, t. III, p. 433, n° 441.

tant le nom de l'aïeul paternel de son père; tandis que dans le second cas, cette raison fait défaut; il fallait donc déférer le choix au conseil de famille (1).

404. On voit que les ascendants sont appelés à quelque degré qu'ils se trouvent. Dans l'ancien droit, on leur permettait de refuser la tutelle (2). Le code Napoléon ne leur donne pas ce droit; mais il établit des dispenses d'âge dont le plus souvent les ascendants pourront profiter (art. 433). Ils peuvent encore invoquer les infirmités graves dont ils seraient atteints. Ces excuses rendent le droit de refus inutile; car les seuls motifs légitimes de refus sont précisément les infirmités et l'âge avancé des ascendants.

405. Si l'ascendant appelé à la tutelle s'excuse, la tutelle passera-t-elle à l'ascendant appelé après lui, d'après l'ordre déterminé par la loi? L'article 405 décide la question négativement, il donne au conseil de famille le droit de nommer le tuteur. Il en est de même si l'ascendant est exclu ou destitué. Que faut-il décider si l'ascendant meurt? La tutelle reste-t-elle légitime ou devient-elle dative? La question est controversée, et il y a quelque doute. Nous croyons que la tutelle passera à l'ascendant le plus proche. L'article 405 n'est plus applicable; il ne prévoit pas le cas de mort. L'article 402 laisse également la question indécise; il dit qu'*à défaut* de l'aïeul paternel, la tutelle appartient de droit à l'aïeul maternel; l'article 403 se sert de la même expression. Quel en est le sens? Le sens naturel est que si, lors de l'ouverture de la tutelle, alors qu'il y a lieu à la tutelle des ascendants, l'ascendant le plus proche fait défaut, c'est-à-dire s'il n'y en a pas, la tutelle appartient de droit à l'ascendant d'un degré supérieur. Donc le cas de mort de l'ascendant tuteur n'est pas prévu. De là suit qu'il faut procéder par voie d'analogie. Or, l'article 405 décide que si l'ascendant appelé à la tutelle ne veut pas ou ne peut pas être tuteur, la tutelle cesse d'être légitime, bien qu'il y ait des ascendants capables de la gérer; il en doit être de même en cas de mort (3).

(1) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 296, n° II.
(2) Pothier, *Traité des personnes*, n° 150.
(3) Aubry et Rau, t. Ier, p. 414, note 3. En sens contraire, Demolombe,

§ IV. *De la tutelle dative.*

406. Il résulte de l'article 405 et des principes que nous avons posés sur la tutelle testamentaire et la tutelle des ascendants, qu'il y a lieu à la tutelle dative dans les hypothèses suivantes :

1. Lorsqu'un enfant mineur reste sans père ni mère, que le dernier mourant n'a pas choisi de tuteur testamentaire et qu'il n'y a pas d'ascendants mâles;
2. Lorsque la mère survivante refuse la tutelle;
3. Lorsque le père survivant, le tuteur testamentaire ou l'ascendant appelé à la tutelle légale sont excusés ;
4. Lorsque le survivant des père et mère, le tuteur testamentaire ou l'ascendant appelé à la tutelle sont exclus ou incapables;
5. Lorsque la veuve qui se remarie ne convoque pas le conseil de famille ou n'est pas maintenue dans la tutelle;
6. Lorsque le tuteur testamentaire ou l'ascendant tuteur viennent à mourir pendant leur gestion ;
7. Lorsqu'un tuteur datif doit être remplacé pour une cause quelconque.

407. C'est le conseil de famille qui nomme le tuteur datif (art. 405). Nous verrons plus loin dans quels cas la délibération du conseil de famille qui a nommé un tuteur peut être attaquée et annulée par les tribunaux. Le jugement qui annule la nomination peut-il nommer un autre tuteur? Aucun texte ne donne ce droit au juge. La loi confère cette mission au conseil de famille; lui seul peut donc choisir un tuteur; la nomination ne doit pas être homologuée. De là suit que les tribunaux ne peuvent intervenir que pour annuler la délibération; s'ils l'annulent, le conseil de famille doit être convoqué pour procéder à un nouveau choix (1).

La loi veille à ce que le conseil de famille soit convoqué

t. VII, n° 187, p. 114, et Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 228, n° 150 *bis* V.

(1) Arrêt de cassation du 27 novembre 1816 et, sur renvoi, arrêt d'Orléans du 9 août 1817 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 164).

le plus tôt possible, afin que le mineur ne reste pas sans défenseur. Aux termes de l'article 406, les parents du mineur, ses créanciers ou autres parties intéressées peuvent requérir la nomination du conseil de famille. Le juge de paix du domicile du mineur peut faire la convocation d'office. Comme il pourrait ignorer le fait qui donne lieu à la nomination d'un tuteur, la loi permet à toute personne de le lui dénoncer. Quand la mère survivante refuse la tutelle, c'est elle qui est chargée de faire les diligences nécessaires pour qu'un tuteur datif soit nommé (art. 394). Si une tutelle en exercice devient vacante ou si elle est abandonnée par absence, la loi charge le subrogé tuteur de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur; le subrogé tuteur répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter pour le mineur de la négligence qu'il aurait mise à remplir ce devoir (art. 424).

408. Le conseil de famille a, en principe, une liberté illimitée pour le choix du tuteur, sauf à celui qui est nommé à faire valoir une excuse légale qui le dispense d'accepter la tutelle; sauf aussi le droit de ceux qui peuvent attaquer la délibération; nous dirons plus loin si elle peut être attaquée à raison du choix fait par le conseil. Comme les plus proches parents siégent au conseil, il arrivera souvent que le tuteur sera pris dans le sein du conseil de famille. Il y avait même dans le projet de code civil une disposition qui donnait à toute personne ne faisant pas partie du conseil le droit de refuser la tutelle. C'était circonscrire le choix dans des limites trop étroites. La liberté dont jouit le conseil a un autre écueil. Déjà, dans l'ancien droit, Domat se plaignait que les parents appelés à choisir un tuteur s'entendaient pour s'exempter de cette charge en l'imposant à un parent plus éloigné qui ne faisait pas partie du conseil (1). Il y a un remède au mal, c'est d'attaquer la délibération comme entachée de fraude. La liberté accordée au conseil ne va pas jusqu'au dol, le dol faisant toujours exception, comme le dit la cour de Montpellier (2).

(1) Domat, *Lois civiles*, livre II, titre Ier (p. 172 de l'édition in-fol.).
(2) Arrêt du 18 août 1823, confirmé par arrêt de la cour de cassation du 1er février 1825 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 177).

§ V. *De la protutelle.*

409. L'article 417 porte : « Quand le mineur, domicilié en France, possédera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur. » Cette disposition est empruntée aux déclarations du roi du 15 décembre 1721 et du 1[er] février 1743. C'est une exception au principe de l'unité de la tutelle; elle se justifie par l'intérêt même du mineur. Comment un tuteur résidant en France pourrait-il administrer des biens situés aux Indes? Le conseil de famille peut, il est vrai, l'autoriser à nommer des administrateurs; mais qui contrôlera leur gestion? Et s'il y a lieu à responsabilité, n'est-il pas injuste de déclarer le tuteur responsable d'une administration qu'il n'a pas pu surveiller? La protutelle est donc établie dans l'intérêt des mineurs tout ensemble et dans celui du tuteur. C'est parce que les enfants y sont intéressés que le code ordonne de nommer un protuteur : l'article 417 est conçu en termes impératifs. Il en était ainsi dans l'ancien droit; le projet de l'article 417 portait que le tuteur *pourrait* faire nommer un protuteur; la faculté a été changée en commandement. On est étonné de voir un auteur recommandable soutenir que le conseil de famille ne devra nommer un protuteur que si le tuteur ou le subrogé tuteur le demandent. Et la raison? C'est qu'il y a aujourd'hui des bateaux à vapeur qui abrégent les distances! Cela n'est pas sérieux. L'invention des bateaux à vapeur ne peut pas déroger au code civil; et nous doutons fort que le législateur rendrait la nomination d'un protuteur facultative, parce qu'il y a des bateaux à vapeur. Est-ce un motif pour obliger le tuteur d'être toujours en mer (1)?

410. Doit-il y avoir un protuteur dans toute tutelle? Il y a un motif de douter. Le code parle de la protutelle dans la section consacrée à la tutelle dative. En conclura-t-on qu'il ne doit pas y avoir de protuteur dans la tutelle

(1) C'est l'opinion commune (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 277). En sens contraire, Demolombe, t. VII, p. 120, n[os] 199, 200.

légale ou testamentaire? La conclusion serait peu juridique, car la plupart des dispositions de la section IV s'appliquent à toute espèce de tutelle : tels sont les articles qui règlent la composition, la convocation et les délibérations du conseil de famille : tel est l'article 419, qui impose aux héritiers du tuteur l'obligation de continuer la gestion jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur. Y a-t-il d'ailleurs la moindre raison pour que les biens situés dans les colonies soient gérés par le père, l'ascendant ou le tuteur testamentaire, tandis qu'ils ne peuvent pas être gérés par un tuteur datif? Pour le coup, on crierait à l'absurde. Quand la loi est absurde, il faut l'accepter telle qu'elle est ; mais gardons-nous d'y introduire l'absurdité : nous rendrions un bien mauvais service à notre science. Passons à l'application.

On convient que le dernier mourant peut nommer un protuteur. Mais qu'arrivera-t-il s'il n'en nomme pas? Les uns disent que le conseil de famille pourra nommer un protuteur (1) ; les autres lui dénient ce droit, à moins qu'il ne soit appelé à nommer un tuteur, car, dit Marcadé, celui qui nomme le tuteur a seul le droit de nommer le protuteur. Si l'on demandait à Marcadé où il a trouvé ce principe-là? Il faut dire que le conseil de famille doit nommer un protuteur, parce que la protutelle est obligatoire.

Quand c'est un tuteur légal qui gère la tutelle, les opinions sont encore plus divisées. Marcadé dit que le conseil de famille n'a pas le droit de limiter les pouvoirs d'un tuteur légal. Il s'agit bien de cela ! Ce dont il s'agit, c'est qu'il y ait une administration raisonnable ; et n'est-ce pas le comble de la déraison que de confier à un ascendant sexagénaire la gestion de biens situés dans les Indes, par le motif que son autorité en souffrirait si on nommait un protuteur ! Puis, oubliant son principe, Marcadé donne au père, quand il est usufruitier légal, le droit de nommer lui-même un protuteur. Un tuteur nommé par un tuteur en exercice ! Et le protuteur est indépendant du tuteur ! dit l'article 417. M. Demolombe veut que la nomination soit

(1) Demolombe, t. VII, p. 124, n° 203. Demante, t. II, p. 245, n° 167*bis* II.

facultative ; puis il refuse cette faculté au conseil quand le père est usufruitier (1). C'est de l'arbitraire tout pur. Quand le survivant des père et mère refuse la tutelle ou s'excuse, il y a lieu à tutelle dative et par conséquent à protutelle, bien que le père ou la mère ait l'usufruit légal. Pourquoi n'y aurait-il pas un protuteur quand le survivant usufruitier gère la tutelle (2)?

Il y a cependant un motif de douter. Dans l'ancien droit, on ne nommait pas de protuteur quand le père était tuteur. Le silence du code n'indique-t-il pas qu'il a entendu reproduire la doctrine traditionnelle? C'est une question d'intention. Dans les travaux préparatoires, on ne trouve pas un mot qui fasse connaître la volonté du législateur ; dès lors il faut s'en tenir au texte et aux principes.

411. Y a-t-il lieu à la protutelle quand le mineur a des biens à l'étranger, mais ailleurs que dans les colonies? Il y a des auteurs qui appliquent l'article 417 par analogie. Cela nous paraît très-douteux. Il est certain que si la loi n'organisait pas la protutelle, le conseil de famille ne pourrait nommer un protuteur. Or, la protutelle n'a été établie que pour les biens situés dans les colonies. L'article 417 est exprès. Il faut dire plus : la question est décidée par le code. L'article 454 prévoit le cas où l'étendue des biens ou leur dispersion rendrait difficile à un tuteur unique de les gérer lui-même. Est-ce que la loi lui permet, dans ce cas, de provoquer la nomination d'un protuteur? Non. Elle maintient le principe de l'unité de tutelle, sauf au conseil de famille à autoriser le tuteur à s'aider d'un ou plusieurs administrateurs particuliers, mais le code a soin d'ajouter que ces administrateurs géreront sous la responsabilité du tuteur (3).

412. Le protuteur est tuteur; donc il faut lui appliquer toutes les dispositions qui concernent la tutelle. Il est soumis à l'hypothèque légale, ainsi qu'aux incapacités qui dé-

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 214, n° 2 de l'article 417.
(2) Voyez les diverses opinions des auteurs dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 279.
(3) Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, t. Ier, p. 385, note 2 En sens contraire, Taulier, t. Ier, p. 34 et Demolombe, t. VII, p. 130, n° 218.

rivent de la tutelle. Doit-il y avoir un subrogé tuteur? On est étonné de voir la question posée et résolue négativement (1), alors que l'article 420 dit que dans toute tutelle il y aura un subrogé tuteur. Quand il y a un protuteur, il y a deux tutelles, donc il faut deux subrogés tuteurs. Y a-t-il aussi deux conseils de famille? Non; le conseil de famille est formé au domicile du mineur, et c'est là qu'il se réunit; or, le mineur n'a qu'un domicile. L'article 417 dit : le mineur *domicilié en France*. C'est donc à son domicile en France que le conseil de famille sera formé; ce conseil nomme le protuteur aussi bien que le tuteur, et il autorise l'un et l'autre à faire les actes pour la validité desquels la loi exige l'autorisation du conseil. Il y a diversité d'opinions sur ce point, mais les principes sont si évidents qu'il est vraiment inutile d'y insister (2).

La coexistence de la tutelle et de la protutelle donne encore lieu à une autre difficulté que le code a tranchée. Aux termes de l'article 417, le tuteur et le protuteur sont indépendants et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective. De ce qu'il y a deux tutelles, il faut conclure que chacune cesse pour les causes qui mettent fin à la tutelle, sans que la fin de l'une fasse cesser l'autre. Marcadé dit le contraire, dans le cas où le protuteur est nommé par le dernier mourant des père et mère; mais cette opinion n'a d'autre base que le prétendu principe qu'il a imaginé en matière de protutelle.

§ VI. *De la tutelle des enfants naturels.*

413. Les enfants naturels sont mineurs jusqu'à l'âge de vingt et un ans, aussi bien que les enfants légitimes. Etant incapables de gouverner leur personne et leurs biens, ils doivent avoir un protecteur. Il y a donc une tutelle pour les enfants naturels. Mais quand s'ouvre-t-elle? et à quelle tutelle y a-t-il lieu? Le code garde un silence absolu sur

(1) Magnin, t. Ier, no 494. En sens contraire, tous les auteurs.
(2) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Minorité*, no 280.

ces questions. De là des difficultés et des doutes, et une grande diversité d'avis. Il y a un point sur lequel les auteurs s'accordent, c'est que l'enfant naturel est toujours en tutelle depuis sa naissance. M. Demolombe dit que cela lui paraît certain, et Dalloz répète que cela est évident (1). On fonde cette opinion sur l'intérêt de l'enfant. S'il a des biens, qui les administrera? Ce ne sont pas ses père et mère, puisqu'ils n'ont pas l'administration légale des biens de leurs enfants. Donc il faudra leur nommer un tuteur. D'après cela, on doit modifier le principe admis par la doctrine en ce sens que l'enfant naturel est sous tutelle s'il acquiert des biens. D'où suit que régulièrement il n'y aura pas lieu à tutelle du vivant des père et mère, puisque l'enfant naturel ne succède qu'à ses père et mère; quant aux libéralités qui peuvent lui être faites, ce sera certes une rare exception.

Nous croyons qu'il faut aller plus loin et décider que les enfants naturels ne sont jamais sous tutelle, tant qu'ils ont leurs père et mère ou l'un d'eux. Tout le monde convient qu'il n'y a pas lieu à tutelle aussi longtemps que l'enfant n'a pas de biens. C'est donc uniquement pour administrer les biens que l'on admet la nécessité de la tutelle. Or, dans notre opinion, les père et mère naturels ont l'administration des biens de leurs enfants (n° 359); donc la tutelle est inutile, puisque la puissance paternelle suffit. Dira-t-on que l'enfant naturel ne trouve pas dans ses père et mère, qui le plus souvent vivent séparés, la garantie que l'enfant légitime trouve dans le mariage? Cela est vrai; le législateur aurait pu tenir compte de cette différence pour établir des garanties spéciales en faveur des enfants illégitimes, mais il ne l'a pas fait. Si donc on admet que les père et mère naturels ont le droit, pour mieux dire, le devoir d'administrer les biens de leurs enfants, il faut en conclure que la tutelle est inutile, la puissance paternelle répondant à tous les besoins.

Que doit-on décider si l'un des père et mère vient à mourir? C'est alors que la tutelle s'ouvre quand les enfants

(1) Demolombe, t. VIII, p. 280, n° 381; Dalloz, au mot *Minorité*, n° 697.

sont légitimes. En est-il de même pour les enfants naturels? Nous ne le croyons pas. Si la loi organise la tutelle à côté de la puissance paternelle, c'est que les intérêts de l'enfant légitime peuvent se trouver et se trouvent le plus souvent en conflit avec les intérêts du survivant des père et mère. Pour une position nouvelle, il fallait à l'enfant des garanties nouvelles. Peut-on en dire autant de l'enfant naturel? Il succède, à la vérité, à son père ou à sa mère prédécédé; mais naîtra-t-il de là des intérêts opposés entre lui et le survivant? Non, car il n'y a pas de mariage, pas de contrat de mariage, pas de donation entre époux, les père et mère sont étrangers l'un à l'autre. Si par hasard il y avait des donations ou des legs d'où pourrait surgir un conflit d'intérêts, la nomination d'un tuteur *ad hoc* suffirait pour sauvegarder les intérêts de l'enfant. Une tutelle proprement dite serait donc inutile.

414. Il faut revenir à l'opinion commune, et assister au spectacle de ses contradictions et de ses inconséquences, résultat inévitable, quand les interprètes veulent faire la loi. Hâtons-nous d'ajouter que si jamais ils sont excusables, c'est dans la matière qui nous occupe, puisqu'il y a silence complet du législateur. Nous supposons que l'enfant a des biens; il y a donc lieu à la tutelle, mais à laquelle? Les uns disent, à la tutelle légale des père et mère; que si les père et mère vivent, ils accordent la tutelle au père. Ici on fait à lettre une nouvelle loi pour les enfants naturels. La seule disposition qui existe dans le code civil sur la tutelle légale, c'est l'article 390, et il suppose la mort de l'un des père et mère; tant que l'un et l'autre vivent, il n'y a jamais de tutelle. Il résulte de là que pour les enfants naturels il y a une tutelle spéciale créée par les interprètes. Peut-il y avoir une tutelle légale sans loi, ou du moins sans analogie légale? Non-seulement il n'y a pas de loi dans l'espèce établissant une tutelle; il y en a une qui exclut la tutelle tant que les père et mère vivent. L'objection nous semble péremptoire.

L'un des père et mère vient à mourir. Le survivant sera-t-il tuteur légal? Il est évident qu'il n'y a pas de texte. Les cours qui admettent une tutelle légale l'avouent, car

elles recourent au droit naturel (1). Une tutelle légale fondée sur le droit naturel ! Une pareille proposition peut être taxée à juste titre d'hérésie juridique. Si nous admettions la nécessité d'une tutelle pour l'enfant naturel qui a encore son père ou sa mère, nous invoquerions plutôt l'article 390. Qu'importe qu'il parle de la dissolution du mariage? Cela n'empêcherait pas de s'en prévaloir s'il y avait réellement analogie. En traitant de la *puissance paternelle*, nous avons dit que les auteurs n'hésitent pas à appliquer aux père et mère naturels des dispositions qui supposent le mariage des père et mère (n°s 354, 359). Pourquoi ne ferait-on pas la même chose pour la tutelle, si les motifs de décider étaient identiques? A notre avis, il n'y a pas analogie; mais dans l'opinion générale on doit l'admettre, puisque l'on reconnaît la nécessité de la tutelle dès que l'enfant a des biens; or, il en acquiert régulièrement par la mort d'un de ses père et mère. Et quel tuteur convient mieux à l'enfant naturel que son père ou sa mère, c'est-à-dire le seul être au monde qui ait pour lui quelque affection (2)?

415. La grande objection que les partisans de l'opinion contraire font à cette opinion, c'est que la tutelle est une institution de droit civil, qu'elle ne peut exister qu'en vertu d'une loi, et que de loi il n'y en a pas, de l'aveu de tous. Acceptons pour un instant l'argument, et demandons quelle sera la tutelle des enfants naturels? On répond la tutelle dative (3). Où est le texte qui décide que le tuteur des en-

(1) Bruxelles, 4 février 1811 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 492, 1°) et Grenoble, 28 juillet 1836 (Dalloz, *ibid.*, n° 686, 2°).

(2) Cette opinion est consacrée par les arrêts que nous venons de citer, et par les arrêts de Toulouse du 1er septembre 1809 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 687, 1°, le range à tort parmi les arrêts qui ont consacré l'opinion contraire), de Douai du 13 février 1844 (Dalloz, 1845, 2, 152) et de Poitiers du 4 mai 1858 (Dalloz, 1859, 2, 141). Voyez, dans le même sens, Loiseau, Magnin, Delvincourt, Vazeille, Chardon, cités par Dalloz, qui partage cette opinion (au mot *Minorité*, n° 686).

(3) C'est l'opinion de la plupart des auteurs (voyez les témoignages dans Demolombe, t. VIII, p. 285, n° 385). Elle a été consacrée par les arrêts de Grenoble du 5 avril 1819 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 694), d'Amiens du 23 juillet 1814 (*ibid.*, n° 695), d'Agen du 19 février 1830 (*ibid.*, n° 692), de Toulouse du 25 juillet 1809 (*ibid.*, n°s 687, 3°), de Paris du 9 août 1811 (*ibid.*), de Lyon du 11 juin 1856 (Dalloz, 1857, 2, 9) et du 8 mars 1859 (Dalloz, 1859, 2, 141). Il n'y a pas d'arrêt de la cour de cassation sur cette difficile question.

fants naturels sera nommé par le conseil de famille? Nous n'avons qu'un seul article pour la tutelle dative, c'est l'article 405, et cette disposition, si on veut l'appliquer par analogie, témoigne contre ceux qui l'invoquent. Pour qu'il y ait lieu à la tutelle dative, dit l'article 405, il faut que l'enfant mineur reste *sans père ni mère.* Et on organise une tutelle dative alors que l'enfant naturel a son père et sa mère! La contradiction est flagrante, et ce n'est pas la seule. Par qui le tuteur datif est-il nommé? Par le conseil de famille. Or, l'enfant naturel n'a pas de famille. Que fait-on pour arriver à un simulacre de conseil? On le compose d'amis. Où est le texte qui permette de composer un conseil de famille uniquement d'amis? Et quand il n'y a pas d'amis, le juge de paix appellera, dit-on, des personnes honorables et charitables (1). Demanderons-nous où est le texte qui permet à un prétendu conseil de famille, composé d'inconnus, de déférer la tutelle?

416. Cette objection, très-bien développée par Ducaurroy, prouve trop, dit-on, et partant elle n'a aucune valeur. Il arrive, en effet, un moment où, de l'aveu de tous, le mineur a besoin d'un tuteur. L'enfant naturel reste sans père ni mère : qui sera son tuteur? Une première question se présente. Le dernier mourant des père et mère peut-il nommer un tuteur testamentaire? Il y a controverse et doute. De loi il n'y en a pas, à moins que l'on n'admette l'analogie. L'analogie nous paraît évidente. Si l'on permet au père légitime de nommer un tuteur à son enfant, à plus forte raison faut-il donner ce droit au père naturel. L'enfant légitime, alors qu'il n'a pas de tuteur testamentaire, a des ascendants, il a une famille qui prendront soin de lui; tandis que l'enfant naturel n'a personne, il est seul au monde. Et on veut que le dernier mourant de ses père et mère ne puisse pas désigner l'ami qui sera le protecteur de l'orphelin! On objecte qu'il n'y a pas de texte. Mais les partisans de la tutelle dative ont vraiment bonne grâce de nous opposer le silence de la loi, alors qu'ils créent

(1) Demolombe, t. VIII, p. 277, n° 377. Ducaurroy montre très-bien tout ce qu'il y a d'imaginaire dans ce prétendu conseil de famille (*Commentaire*, t. Ier, p. 415, n° 585).

un conseil de famille purement imaginaire et une tutelle dative que le texte repousse (1)!

417. La difficulté que nous avons soulevée est reculée, elle n'est pas résolue. Si le dernier mourant des père et mère n'a pas nommé de tuteur, qui le sera? Il ne reste plus que la tutelle dative, car il ne peut être question de celle des ascendants, l'enfant naturel n'ayant pas d'ascendants. Qui nommera un tuteur à l'enfant resté sans père ni mère? Tout le monde s'accorde à dire que ce sera un conseil de famille composé d'amis. C'est un système extralégal, auquel il ne faut recourir qu'à la dernière extrémité. Ducaurroy propose de faire nommer le conseil par le tribunal. Ne serait-il pas plus simple que le tribunal nommât lui-même le tuteur? On dira que les juges n'ont plus de juridiction volontaire. Cela est très-vrai, mais cela n'est pas absolu. Les tribunaux interviennent en matière d'adoption, ils interviennent en matière de tutelle pour homologuer les avis du conseil de famille, ce qui est bien un acte de juridiction gracieuse. Il n'y a donc pas d'incompétence radicale. Il y a des auteurs qui enseignent que le tribunal nomme les tuteurs *ad hoc*, quand la loi n'en a pas attribué la nomination au conseil de famille. Le tuteur donné à l'enfant naturel sera un tuteur *ad hoc*. La loi elle-même nous indique cette voie. Quand l'enfant naturel mineur veut se marier et qu'il est sans père ni mère, qui est appelé à donner son consentement? Ce n'est pas le conseil de famille, c'est un tuteur *ad hoc*. Eh bien, le tribunal nommera aussi un tuteur *ad hoc* pour élever l'enfant ou pour gérer ses biens.

418. Nous avons supposé, dans tout ce que nous venons de dire, que les enfants naturels sont reconnus. Quand ils ne le sont pas, il n'y a aucun lien légal entre eux et leurs père et mère, donc pas de puissance paternelle. Si l'enfant est élevé par sa mère, comme cela arrive d'ordinaire, la mère n'aura aucun pouvoir sur lui, ni droit de garde, ni droit de correction, ni administration légale. Il faudrait

(1) C'est l'opinion de Ducaurroy, de Zachariæ et de Taulier. Il y a un arrêt en ce sens. Demolombe est d'avis contraire (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 693).

de nouveau recourir au tribunal, si l'enfant avait besoin d'un représentant dans un acte juridique. La nécessité de s'adresser au tribunal est la même quand l'enfant est recueilli par un tiers. Il ne serait même plus possible d'organiser un semblant de conseil de famille, puisque les père et mère sont légalement inconnus tant qu'il n'y a pas de reconnaissance, et ils peuvent l'être aussi de fait (1). Il n'y a qu'une seule hypothèse dans laquelle la loi ait étendu sa sollicitude aux enfants malheureux que leurs parents abandonnent, c'est quand ils sont recueillis dans un hospice : la loi du 11 pluviôse an XIII les place sous la tutelle des administrateurs des hospices.

Restent les plus malheureux de tous, les enfants adultérins et incestueux. Leur reconnaissance étant prohibée, ils n'ont légalement ni père ni mère, et il faut leur appliquer ce que nous venons de dire des enfants naturels non reconnus. Mais il se peut que leur état soit constaté par un jugement. Seront-ils alors sous puissance et sous tutelle, comme les enfants naturels simples? On décide généralement la négative (2). Nous repoussons cette opinion de toutes nos forces. Qu'est-ce que la puissance paternelle en droit français? C'est le devoir d'éducation et les moyens que la loi donne aux père et mère pour le remplir. A qui ce devoir incombe-t-il? Aux père et mère, légitimes ou non. Quand les enfants sont illégitimes, ce devoir est constaté par la reconnaissance. Il n'existe donc pas légalement lorsque la paternité ne peut pas être constatée à raison du vice d'adultère ou d'inceste. Mais si par exception la paternité adultérine ou incestueuse est constante, établie par un jugement, de quel droit affranchirait-on le père du devoir que la paternité lui impose? Si la puissance paternelle, si la tutelle étaient établies en faveur de celui qui l'exerce, nous comprendrions qu'on refusât tout droit au père coupable d'adultère ou d'inceste. Mais il s'agit du droit de l'enfant, du droit le plus sacré, de son droit à

(1) Un arrêt de Grenoble du 5 avril 1819, confirmé par la cour de cassation (arrêt du 7 juin 1820) décide qu'il y a lieu à la tutelle dative (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 694).

(2) Demolombe, t. V, n° 597 et t. VIII, n° 370, et les auteurs qu'il cite.

l'éducation, sans laquelle l'homme devient une brute. Et on lui dénie ce droit parce que son père est coupable! Le père ne serait-il pas mille fois plus coupable si, après lui avoir donné la vie, il le tuait moralement? Au point de vue du droit, nous cherchons vainement la raison de la différence que l'on établit entre le père adultérin ou incestueux et le père naturel. Il n'y en a qu'une, c'est que la reconnaissance et la recherche sont prohibées en cas d'adultère ou d'inceste; mais cette différence vient à disparaître quand la paternité est judiciairement établie. Dès que la paternité est constante, l'enfant a droit à l'éducation, donc le père a la puissance paternelle et partant la tutelle. Il va sans dire que dans l'opinion générale qui admet que la tutelle des enfants naturels est toujours dative, celle des enfants adultérins et incestueux doit l'être aussi (1).

§ VII. *Des tuteurs* AD HOC.

419. Le tuteur *ad hoc* est celui qui est donné au mineur pour une affaire spéciale à laquelle se bornent ses fonctions. On l'appelle aussi *tuteur spécial*.

Quand y a-t-il lieu à la nomination d'un tuteur *ad hoc*? La loi ordonne la nomination d'un tuteur *ad hoc*, quand le mari désavoue l'enfant conçu pendant le mariage (art. 318). Lorsque le père administrateur légal a des intérêts opposés à ceux de l'enfant dont il gère les biens, il y a lieu de nommer un tuteur spécial à l'enfant, parce que pendant la durée du mariage il n'y a pas de subrogé tuteur qui puisse sauvegarder les intérêts de l'enfant (2). La question de savoir quand il y a des intérêts opposés est décidée par le tribunal selon les circonstances. Il a été jugé que le père pouvait représenter son enfant dans une instance en nullité d'un testament, bien que l'enfant fût légataire et le

(1) Un arrêt de Toulouse du 25 juillet 1809 décide qu'il y a toujours lieu à la tutelle dative pour les enfants adultérins et incestueux (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 687, 3°).

(2) Duranton l'appelle un *subrogé tuteur ad hoc*. La loi ignore cette dénomination (*Cours de droit français*, t. III, p. 408, n° 415).

père héritier légitime. Si le père avait soutenu la nullité du testament, il y aurait eu conflit évident d'intérêts ; mais, dans l'espèce, le père concluait au maintien du testament, tant en son nom personnel qu'au nom de l'enfant. Dès lors il n'y avait pas lieu de nommer un tuteur *ad hoc* (1).

Si le mineur est sous tutelle, il n'y a pas lieu, en général, à lui donner un tuteur *ad hoc*. En effet, aux termes de l'article 420, le subrogé tuteur a précisément pour mission d'agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. Il peut cependant se faire que l'intervention du subrogé tuteur ne suffise pas pour garantir les intérêts des mineurs. Le code civil prévoit un cas pareil : « Si parmi les cohéritiers il y a des mineurs et s'ils ont des intérêts opposés dans le partage, il doit leur être donné à chacun un tuteur particulier et spécial (art. 838). » Il suit de là que l'on peut poser en principe qu'il y a lieu de nommer un tuteur *ad hoc* au mineur sous tutelle dès que son intérêt l'exige, c'est-à-dire dès que cet intérêt n'est pas suffisamment garanti par l'intervention du subrogé tuteur. Par application de ce principe, il a été jugé que le tuteur qui plaide contre son pupille doit lui faire nommer un tuteur *ad hoc* pendant la litispendance. Il ne suffit pas que le procès soit intenté contre le subrogé tuteur ; le mineur doit être représenté par un tuteur, lequel est surveillé par le subrogé tuteur. Si la demande était formée contre le mineur ou contre le subrogé tuteur, toute la procédure serait nulle (2).

420. Qui nomme le tuteur *ad hoc?* Il y a un cas dans lequel la loi décide la question ; quand des tuteurs spéciaux doivent être nommés à des mineurs qui ont des intérêts opposés dans un partage, le code de procédure veut (art. 968) qu'ils soient nommés par le conseil de famille. On enseigne généralement, comme un point hors de tout doute, qu'il en est de même dans les autres cas (3). Cette opinion est contraire à la rigueur des principes. On s'ac-

(1) Arrêt de la cour de cassation du 5 juillet 1847 (Dalloz, 1848, 1, 148).
(2) Rennes, 19 juillet 1826 et 9 avril 1827 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 719, 1° et 2°).
(3) Dalloz, au mot *Minorité*, n° 724.

corde à dire que le conseil de famille n'a d'attributions que celles que la loi lui donne; sa compétence doit donc être interprétée d'une façon restrictive. La conséquence logique de ce principe est que le tuteur *ad hoc* ne peut être nommé par le conseil que lorsque la loi le dit. Hors ces cas, c'est aux tribunaux à suppléer au silence de la loi, car leur compétence est générale. Il en doit être ainsi surtout quand il est impossible de constituer un conseil de famille. Tel est le cas des enfants naturels, qui n'ont pas de famille. On doit forcément alors s'adresser aux tribunaux.

SECTION III. — Du subrogé tuteur.

§ Ier. *Nomination.*

421. « Dans toute tutelle, dit l'article 420, il y aura un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille. » La subrogée tutelle est donc toujours dative; il n'y a pas de subrogé tuteur légal, et le dernier mourant des père et mère, qui peut choisir un tuteur à ses enfants, ne peut pas nommer de subrogé tuteur (1). Pourquoi la loi veut-elle que la subrogée tutelle émane toujours du conseil de famille? Les fonctions mêmes du subrogé tuteur impliquent qu'un choix est nécessaire. Il est appelé à surveiller la gestion du tuteur, à provoquer sa destitution, s'il y a lieu; il faut donc qu'il ait la fermeté nécessaire pour remplir ces difficiles fonctions. Il doit intervenir quand le tuteur et le mineur ont des intérêts opposés; il faut donc qu'il n'ait pas les mêmes intérêts que le tuteur. Enfin, le subrogé tuteur est en quelque sorte le mandataire du conseil de famille. Le conseil se réunit rarement; le contrôle de la tutelle qui lui est confié repose en grande partie sur le subrogé tuteur; il est donc bon qu'il soit l'homme de confiance du conseil. D'après cela, on concevrait difficilement que le subrogé tuteur fût nommé par la loi. Le dernier mourant des père et mère aurait pu, à la rigueur, choisir

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 504, n° 517.

un subrogé tuteur; mais il eût été à craindre que ce choix ne répondît pas au vœu du législateur. Celui qui donne et demande une marque d'amitié en nommant un tuteur testamentaire, ne peut guère choisir un surveillant sévère du tuteur auquel il confie ses enfants. Mieux valait laisser ce soin au conseil de famille, appelé lui-même à contrôler la tutelle.

422. La loi veut que le subrogé tuteur soit nommé aussitôt qu'il y a un tuteur. Dès qu'il y a un tuteur qui doit être surveillé, il faut qu'il y ait un surveillant. Quand la tutelle est dative, la nomination du subrogé tuteur a lieu immédiatement après celle du tuteur (art. 422). Quand la tutelle est légale ou testamentaire, le tuteur doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer un conseil de famille pour la nomination du subrogé tuteur. Cette obligation est sanctionnée par une peine très-grave. Si, dit l'article 421, le tuteur s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir fait nommer un subrogé tuteur, le conseil de famille peut lui retirer la tutelle, s'il y a eu dol de sa part, sans préjudice des indemnités dues au mineur. La loi ajoute que le conseil de famille sera convoqué à cet effet, soit sur la réquisition des parents, créanciers ou autres parents intéressés, soit d'office par le juge de paix. La destitution ne peut être prononcée que s'il y a dol. Le plus souvent il n'y aura que négligence ou ignorance de la loi. Quand même il n'y a que simple faute, le tuteur sera tenu des dommages-intérêts. C'est l'application du droit commun.

423. La loi ne veut pas que le tuteur gère avant qu'il y ait un subrogé tuteur. Si de fait il gère sans qu'il y ait un subrogé tuteur, les actes qu'il fera seront-ils frappés de nullité? Il est certain que le mineur en pourra demander la nullité, s'il s'agit d'un acte dans lequel l'intervention du subrogé tuteur est requise par la loi : c'est l'application du droit commun qui lui permet d'agir en nullité dès que les formes protectrices établies dans son intérêt n'ont pas été remplies. Si la présence du subrogé tuteur n'était pas nécessaire, il n'y aurait plus lieu à nullité, le tuteur ayant fait ce qu'il avait le droit de faire, sauf au mineur à demander des dommages-intérêts s'il était lésé; c'est

l'application des principes qui régissent la responsabilite du tuteur.

Les tiers qui ont contracté avec le tuteur peuvent-ils aussi demander la nullité des actes qu'il fait sans qu'il y ait un subrogé tuteur? Tout le monde admet que les tiers ne peuvent pas opposer le défaut de nomination d'un subrogé tuteur, quand il s'agit d'un acte d'administration que le tuteur a le droit de faire sans intervention du subrogé tuteur. Vainement dirait-on que le tuteur ne peut pas gérer et que cette incapacité est d'ordre public. La loi ne dit pas cela, elle ne déclare pas le tuteur incapable de gérer; il peut donc et il doit même administrer, car il est tuteur. Si la présence du subrogé tuteur est nécessaire, les tiers ont le droit d'exiger que le tuteur fasse nommer un subrogé tuteur; mais s'ils contractent ou s'ils plaident sans qu'ils aient usé de ce droit, ils ne peuvent pas agir en nullité. La nullité n'est pas d'ordre public, elle n'est établie que dans l'intérêt du mineur; lui seul peut donc s'en prévaloir (1). La jurisprudence est en ce sens (2).

424. Qui peut être nommé subrogé tuteur? Le conseil de famille a pour la nomination du subrogé tuteur la même latitude que pour celle du tuteur; il peut donc nommer un parent, un allié ou un étranger, sauf l'application des règles concernant les excuses. Toutefois son choix, en ce qui concerne les parents, est restreint par une disposition spéciale. « Le subrogé tuteur, dit l'article 423, sera pris dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra pas. » Cette disposition est une conséquence de l'article 420, aux termes duquel les fonctions du subrogé tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur. Si le subrogé tuteur appartenait à la même ligne que le tuteur, il aurait les mêmes intérêts que celui-ci, et par suite il se trouverait en conflit avec le pupille. De là la restriction de l'article 423. Le but de cette disposition est donc d'em-

(1) Aubry et Rau, t. I[er], p. 417. Demante, t. II, p. 248, n° 171 *bis* I. En sens contraire, Demolombe, t. VII, p. 220, n[os] 363, 364.

(2) Arrêts de Riom du 1[er] mars 1817 et de la cour de cassation du 4 juin 1818 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 298).

pêcher que le subrogé tuteur et le tuteur n'aient les mêmes intérêts ; il ne dit pas, comme on l'a jugé, que s'il y a des parents dans les deux lignes, le conseil de famille soit forcé de prendre le subrogé tuteur parmi les parents de la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas ; le conseil pourra nommer, en ce cas, un étranger (1). Tout ce qui résulte de la loi, c'est qu'il devra nommer un étranger s'il n'y a de parents que dans une ligne.

Il résulte encore une autre conséquence de la restriction établie par l'article 423. Si le tuteur est remplacé par un parent appartenant à la ligne dans laquelle le subrogé tuteur a été choisi, le conseil de famille devra nommer un autre subrogé tuteur. On ne peut pas dire qu'il aurait dû prendre le tuteur dans la ligne à laquelle le subrogé tuteur n'appartient pas. Le conseil doit jouir de la plus entière liberté dans son choix ; il se détermine par l'intérêt du mineur (2).

Si le conseil de famille avait choisi le subrogé tuteur dans la ligne du tuteur, y aurait-il nullité de la délibération? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. La tutelle est d'ordre public, puisqu'elle est établie dans l'intérêt des incapables. Or, le contrôle de la gestion du tuteur est de l'essence de la tutelle, et il n'y a plus de contrôle possible quand les intérêts du subrogé tuteur aussi bien que ceux du tuteur sont opposés aux intérêts du mineur. C'est ce qui arrivera nécessairement si le tuteur et le subrogé tuteur appartiennent à la même ligne (3).

425. L'article 423 ajoute : « Hors le cas de frères germains. » Quel est le sens de cette exception? Les frères germains appartiennent aux deux lignes. Quand donc un frère germain est tuteur, on ne pourrait, d'après la règle établie par l'article 423, prendre le subrogé tuteur parmi les parents, puisqu'il appartiendrait nécessairement à la ligne du tuteur. C'est à cette règle que la loi fait exception ; elle veut donc dire que si le tuteur est un frère ger-

(1) La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 290).
(2) Nancy, 14 mars 1826 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 292).
(3) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. Ier, p. 420, note 1.

main, le subrogé tuteur pourra être pris indifféremment dans l'une des deux lignes. Logiquement il aurait fallu décider que, dans ce cas, le conseil doit nommer un étranger subrogé tuteur; c'est le seul moyen de sauvegarder les intérêts du mineur (1). On a proposé une autre interprétation plus restrictive de l'article 423. Comme le texte parle de frères germains au pluriel, on dit qu'il prévoit le cas où le tuteur et le subrogé tuteur sont frères germains du mineur (2). Cette interprétation est plus favorable au mineur, en ce sens que le tuteur et le subrogé tuteur étant ses plus proches parents, il n'y a pas à craindre qu'ils sacrifient leur devoir à leur intérêt. Mais l'interprétation est inadmissible. Quand la loi pose une règle et qu'elle y fait exception, l'exception porte naturellement sur la règle. Et quelle est la règle, dans l'espèce? Le code dit que le subrogé tuteur doit être pris dans la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas. C'est à cette règle que l'article 423 déroge, *en cas de frères germains;* donc si le tuteur est un frère germain, le subrogé tuteur peut être pris dans la ligne du tuteur, c'est-à-dire dans l'une ou l'autre ligne, puisque le tuteur appartient aux deux lignes.

426. La règle et l'exception établies par l'article 423 s'appliquent-elles aux alliés? Il nous semble que l'affirmative n'est pas douteuse. La loi ne mentionne pas les alliés, il est vrai, mais elle ne les exclut pas non plus. Il faut donc appliquer le principe général que le code suit en matière de tutelle : les alliés sont sur la même ligne que les parents. Quand il s'agit de la composition du conseil de famille, l'article 408 y appelle indifféremment, et à titre d'exception, les frères germains et les maris des sœurs germaines. On doit suivre la même règle pour la subrogée tutelle (3).

Faut-il étendre l'exception, que la loi fait pour les frères germains, à tous les parents qui appartiennent aux deux lignes? Les exceptions ne s'étendent pas, à moins qu'elles

(1) Demante, t. II, p. 250, n° 173 *bis* IV. Demolombe, t. VII, p. 224, n° 369.
(2) Duranton, t. III, n° 518. Marcadé, t. II, p. 218, art. 423, n° 1. Aubry et Rau, t. Ier, p. 421.
(3) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 218, n° I de l'article 423.

ne soient l'application d'un principe. Celle que l'article 423 consacre déroge, au contraire, à un principe, et à un principe d'ordre public. Cela suffit pour qu'il faille rejeter toute extension de la loi. D'ailleurs il n'y a pas même raison. L'exception se fonde sur le lien étroit de parenté qui existe entre le tuteur et son pupille; cela est vrai du frère germain, cela n'est plus vrai au delà du degré de frère germain (1).

§ II. *Des fonctions du subrogé tuteur.*

427. Le subrogé tuteur est appelé à surveiller le tuteur; c'est sa fonction principale; mais, chose singulière, la loi ne le dit pas d'une manière expresse. Il n'y a cependant pas de doute. C'est à sa diligence que le conseil de famille est convoqué, quand il y a lieu de destituer le tuteur (art. 446). Cela suppose le droit et le devoir de surveiller l'administration de la tutelle. Comment le subrogé tuteur exercera-t-il cette surveillance? La loi ne lui donne qu'un moyen; encore dépend-il de la volonté du conseil de famille : il peut obliger le tuteur à remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques que le conseil juge à propos de fixer (art. 470). Cette obligation devrait exister de droit, au lieu d'être facultative; car si le subrogé tuteur n'a point ce moyen de contrôle, la surveillance deviendra impossible.

L'article 420 porte que les fonctions du subrogé tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. De là suit qu'en général, le subrogé tuteur n'agit point, il n'est pas tuteur, ni substitut du tuteur; alors même que la tutelle devient vacante, ou qu'elle est abandonnée par absence, le subrogé tuteur ne remplace pas de plein droit le tuteur; il doit, en ce cas, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (art. 424). Appelé à surveiller la gestion, il est impossible que lui-même agisse; car que deviendrait alors le contrôle

(1) En sens contraire, Aubry et Rau, t. Ier, p. 421, note 5.

de la tutelle? Il y a exception quand les intérêts du mineur et du tuteur sont en conflit : la loi dit que, dans ce cas, il *agit;* c'est donc lui qui gère alors la tutelle pour un acte spécial. Que devient en ce cas la garantie que le mineur trouve dans la subrogée tutelle? Le subrogé tuteur ne peut pas se surveiller lui-même. A vrai dire, la subrogée tutelle est vacante pendant la durée de cet acte; or, la loi veut qu'il y ait toujours un subrogé tuteur; il faudra donc, comme l'a décidé la cour de Paris, nommer un subrogé tuteur *ad hoc* (1). La loi ne connaît pas cette dénomination, mais elle exprime bien le motif et le but de cette subrogée tutelle provisoire.

Il en est de même, pour identité de motifs, si le subrogé tuteur a des intérêts opposés à ceux du mineur. Le subrogé tuteur ne pourrait pas donner sa démission; car ce n'est pas pour toujours qu'il y a opposition d'intérêts entre lui et le mineur, c'est seulement pour un acte particulier et temporaire; il suffit donc de le remplacer provisoirement par un subrogé tuteur *ad hoc* (2).

SECTION IV. — Du conseil de famille.

§ Ier. *Des membres du conseil.*

428. « Pour parvenir à une bonne organisation des conseils de famille, dit Berlier, il a paru nécessaire de les rendre peu nombreux, de n'y admettre que les plus proches parents de chaque ligne, et d'obvier à l'influence d'une ligne sur l'autre, par l'appel d'un nombre égal de parents pris dans chacune. On appellera donc les trois plus proches parents de chaque ligne. Voilà la limite qu'on a cru devoir adopter; elle portera le conseil de famille au nombre de sept, en y comprenant le juge de paix, qui en sera membre et président, et dont le caractère impartial dirigera les résultats vers le bien et l'utilité du mineur (3). »

(1) Paris, 11 mars 1843 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 305). La cour de Rennes a décidé que la nomination d'un tuteur *ad hoc* n'était pas nécessaire (arrêt du 24 mai 1851, Dalloz, 1856, 5, 470, n° 17).
(2) Liége, 15 janvier 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 210).
(3) Berlier, Exposé des motifs, n° 11 (Locré, t. III, p. 413).

Pourquoi le législateur veut-il que le conseil soit peu nombreux? Il y a un vieil adage (1), fruit de l'expérience, qui dit que quand un grand nombre de personnes sont chargées d'administrer, chacune s'en rapporte à l'autre, et qu'en définitive aucune ne fait rien. La responsabilité morale est la seule garantie qu'offre un conseil de parents : il ne faut pas trop la diviser, sinon elle devient nulle. On s'est arrêté au nombre de six pour deux raisons : d'abord, on a un nombre impair, en y comprenant le juge de paix, ce qui permet d'ordinaire d'obtenir une majorité absolue : ensuite, on doit compter sur des absences; il fallait donc un certain nombre de parents pour représenter chaque ligne (art. 407).

429. Quelles sont les qualités requises pour être membre du conseil de famille? Il faut être mâle, parce que, dit-on, il s'agit de concourir à la dation de la tutelle, qui est un office civil et viril (2). N'est-il pas plus vrai de dire que l'on exclut les femmes parce qu'elles n'ont pas, en général, l'expérience des affaires? La mère et les ascendantes veuves sont exceptées (art. 442, 408). Elles peuvent être tutrices à raison de l'affection qu'elles portent au mineur. Dès lors il fallait aussi leur permettre de siéger au conseil.

Les membres du conseil doivent être majeurs; les mineurs sont incapables de se diriger eux-mêmes et de gérer leurs affaires : comment pourraient-ils donner des avis sur le gouvernement de la personne des pupilles et sur la gestion de leurs intérêts? Les père et mère sont exceptés (art. 442). Capables d'être tuteurs à raison de l'affection naturelle qu'ils ont pour leurs enfants, ils sont par cela même capables de faire partie du conseil.

Les membres du conseil doivent être parents parce que la parenté est un gage d'affection; et c'est sur l'affection de la famille, comme sur celle du tuteur pour les orphelins, que la loi compte pour l'accomplissement de fonctions souvent difficiles et toujours désagréables. On donne en-

(1) « *Quod plures tangit, neminem angit.* »
(2) Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 306.

core une autre raison, c'est que les parents étant appelés à succéder au mineur, il est juste qu'ils soient tenus de veiller à ses intérêts (1). Cela est vrai en ce sens que la tutelle et le conseil de famille imposent une charge établie dans l'intérêt de la famille, et qui partant doit peser de préférence sur la famille. Mais le droit de successibilité n'est pas le principe dominant; car ce ne sont pas nécessairement les plus proches parents qui doivent être tuteurs ou membres du conseil de famille. Malheur aux orphelins si leurs parents ne les soignent que parce qu'ils sont leurs héritiers éventuels! Le juge de paix, qui compose le conseil, y appellera, non les parents les plus intéressés, mais les plus affectueux. A défaut de parents, le juge de paix choisira des personnes qui ont eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur (art. 409). Cette disposition révèle l'esprit de la loi. La tutelle et les institutions qui s'y rattachent sont toutes d'affection et de bienfaisance.

La loi met les alliés sur la même ligne que les parents (art. 407), par des motifs analogues à ceux que nous venons d'exposer.

N° 1. DU JUGE DE PAIX.

430. Le juge de paix est membre-né du conseil de famille, et il en est en même temps le président (art. 407, 416). Il n'y a pas de corps délibérant sans président; il n'y a donc pas de conseil de famille sans juge de paix. S'il est empêché de le présider, il doit se faire remplacer par son suppléant. Le tribunal n'aurait pas le droit de commettre un de ses membres pour exercer ces fonctions (2). Il ne suffit pas que le juge de paix préside, il faut aussi qu'il prenne part à la délibération; car, comme le dit l'orateur du gouvernement, c'est sur sa prudence, son expérience des affaires, son esprit de conciliation que le législateur a compté pour mener à bien des délibérations où les

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon,* t. VII, p. 160, n° 252.
(2) Jugé implicitement ainsi par arrêt de Bordeaux du 6 messidor an XII (Dalloz, au mot *Minorité,* n° 78, 2°).

passions et les intérêts opposés jouent souvent un grand rôle. Si le juge de paix ne prenait pas part à la délibération, c'est comme s'il n'y assistait pas, et sans juge de paix, il n'y a pas de conseil de famille. Nous verrons plus loin les conséquences importantes qui dérivent de ce principe.

431. Le juge de paix est un juge. Est-ce comme juge qu'il préside le conseil de famille? et exerce-t-il une juridiction en prenant part à ses délibérations? S'il siégeait comme juge, il faudrait lui appliquer le principe que le juge ne peut connaître deux fois de la même chose; de sorte que si une délibération du conseil était annulée, le juge de paix qui a présidé la première réunion ne pourrait plus présider la seconde. Le tribunal de Paris l'a décidé ainsi (1); mais l'erreur est évidente. C'est bien à raison des fonctions de conciliateur qu'il remplit habituellement, que la loi l'a choisi pour présider le conseil de famille; mais le président du conseil n'est pas un juge, pas plus que le conseil n'est un tribunal. Le même conseil, composé identiquement des mêmes membres, peut être appelé à plusieurs reprises à donner un avis sur la même affaire; ce qui est permis aux membres du conseil, l'est aussi au juge de paix, qui est membre-né du conseil (2).

N° 2. DES PARENTS ET ALLIÉS.

I. *Règles générales.*

432. Les six membres qui composent le conseil de famille sont choisis par le juge de paix parmi les parents ou alliés qui habitent la commune où la tutelle s'est ouverte, ou dans la distance de deux myriamètres. Nous disons *qui habitent* : l'article 407 se sert d'une expression plus générale encore : *pris dans la commune*. Il est vrai que l'on trouve le mot *domiciliés* dans les articles 409 et 410, qui sont une suite de l'article 407. Mais il n'en faut pas conclure que l'on doive, en cette matière, s'en tenir au domicile

(1) Jugement du tribunal de la Seine (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 241).
(2) Zachariæ, traduction de Vergé et Massé, t. Ier, p. 389, et note 3.

de droit, tel qu'il est défini par l'article 102. La loi ne s'attache pas toujours au domicile légal; elle préfère parfois la résidence, quand il y a des raisons de la préférer. Or, pour la composition du conseil, il fallait évidemment s'en tenir à la résidence, parce qu'il importe que les parents appelés à y siéger ne soient pas obligés de se déplacer; et étant sur les lieux, ils ont une connaissance plus certaine des faits et des circonstances qu'ils doivent savoir pour délibérer. Aussi les articles 409 et 410 se servent-ils de l'expression : *sur les lieux;* ce qui prouve que dans la pensée du législateur le mot *domiciliés,* qui se trouve dans l'article 407, n'a pas d'autre sens. L'interprétation contraire conduirait à cette conséquence absurde, qu'il faudrait nommer membre du conseil un parent qui aurait son domicile de droit dans la commune où s'ouvre la tutelle, mais qui habiterait à cent lieues de distance (1).

433. Le code trace des règles au juge de paix pour le choix des membres qui se trouvent sur les lieux. Trois membres doivent être pris dans la ligne paternelle du mineur et trois dans la ligne maternelle (art. 407). Cette règle est essentielle. C'est la famille du mineur qui est appelée à veiller à ses intérêts ; or, la famille se compose de parents des deux lignes; leurs intérêts sont souvent divisés, leurs vues différentes; il importe donc que chacune des deux lignes soit représentée par un nombre égal de membres. De là suit que s'il n'y a pas trois parents ou alliés d'une ligne sur les lieux, le juge de paix ne peut pas prendre des parents ou alliés de l'autre ligne : ce ne serait plus là un conseil de famille, car il ne représenterait qu'une moitié de la famille (2).

Dans chaque ligne, le juge de paix doit suivre l'ordre de proximité. Ceci est moins essentiel. S'il y a plus de parents qu'il n'en faut pour composer le conseil, le juge de paix choisira le plus proche en degré, puisque la loi le veut; mais si ce parent ne convient pas, tandis qu'il y en a un plus éloigné en degré qui convient mieux, évidem-

(1) C'est l'opinion générale (Demolombe, t. VII, p. 174, n° 177).
(2) Magnin, *Traité des minorités*, t. Ier, n° 330.

ment le juge de paix devra prendre celui-ci. C'est l'intérêt du mineur qui doit avant tout être pris en considération, c'est dans cet intérêt que le juge de paix doit agir et appliquer la loi (1).

S'il y a un parent et un allié du même degré, dit l'article 407, le parent sera préféré, bien entendu s'il est capable. S'il y a des parents du même degré, le plus âgé est préféré, toujours avec cette réserve que le juge de paix a un pouvoir d'appréciation. Nous reviendrons sur ce point.

434. La loi veut que régulièrement les membres du conseil soient pris sur les lieux, quand même il y aurait des parents ou alliés plus proches hors de la distance légale de deux myriamètres. Nous en avons déjà dit une raison. Il y en a encore d'autres. Plus les parents sont éloignés, plus le déplacement devient difficile; or, la loi ne veut pas aggraver une charge qui par elle-même est déjà assez lourde. De plus, les déplacements donnent lieu à des dépenses, et ces frais retombent naturellement sur le mineur. Toutefois l'intérêt du mineur l'emporte sur toutes ces considérations. L'article 410 donne au juge de paix le droit d'appeler au conseil, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de même degré, quand même il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés pour former le conseil. La loi ajoute, ce qui allait sans dire, qu'en ce cas, il doit retrancher quelques-uns des parents ou alliés présents, puisque le nombre ne peut pas excéder, en général, celui de six.

L'article 410 donne au juge de paix un droit; il ne lui impose pas une obligation. C'est à lui à apprécier s'il convient ou non d'appeler au conseil des parents ou alliés qui demeurent hors de la distance légale de deux myriamètres. Les parents les plus proches ne peuvent pas se prévaloir de cette disposition et forcer le juge de paix à les convoquer (2). Ils ne le pourraient pas, alors même qu'ils offri-

(1) C'est ce que dit le tribunal de Paris dans le jugement que nous avons cité plus haut.

(2) Rouen, 29 novembre 1816 et Rennes, 30 juillet 1833 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 193, 1° et 2°). Les auteurs sont d'accord avec la jurisprudence.

raient de supporter les frais de déplacement (1). Il y a un intérêt moral qui domine l'intérêt pécuniaire, et c'est le juge de paix qui a mission de l'apprécier.

435. Il se peut qu'il n'y ait pas sur les lieux des parents ou alliés en nombre suffisant pour composer le conseil de famille. Dans ce cas, dit l'article 409, le juge de paix appellera, soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. Nous reviendrons sur les membres du conseil appelés à titre d'amis. Constatons seulement que le juge de paix peut appeler des amis, alors qu'il y a des parents plus proches hors de la distance légale. Cela prouve que le législateur ne s'est pas décidé par la considération de successibilité, qu'il s'est plutôt décidé par l'intérêt que les membres du conseil portent au mineur. On a même soutenu devant les tribunaux que la qualité d'héritier présomptif était une cause d'incapacité, en ce sens du moins que le juge de paix ne devrait pas appeler au conseil, surtout en matière d'interdiction, les parents qui, en qualité d'héritiers présomptifs, seraient placés entre leur intérêt et leur devoir. Il est évident que cette opinion est inadmissible; elle est repoussée par le texte même du code, qui, appelant au conseil les parents les plus proches, y appelle nécessairement les héritiers présomptifs (2).

436 On suit les mêmes règles pour les alliés (art. 407, 409, 410). Mais on demande si l'alliance subsiste lorsque l'époux qui la produisait est mort sans laisser de descendants issus de son mariage. La question est controversée et il y a quelque doute. En théorie, on peut soutenir que l'alliance une fois formée subsiste comme la parenté, quels que soient les événements ultérieurs. Il y a cependant une différence. La parenté dérive du sang, elle est par conséquent à l'abri de toutes les éventualités ; tandis que l'alliance est un lien légal, factice, que le mariage crée, qui se perpétue, quand

(1) Liége, 21 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 472).
(2) Bruxelles, 29 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 282)

il y a des enfants nés du mariage, alors même que le conjoint vient à mourir; mais quand il n'y a plus ni conjoint ni enfants, toute cause produisant l'alliance vient à cesser : n'est-ce pas le cas de dire que, la cause cessant, l'effet doit cesser? Toutefois, ces motifs ne nous paraissent pas péremptoires. L'effet une fois produit ne cesse pas toujours avec la cause. Ce qui nous paraît décisif, c'est que, dans l'ancien droit, on n'appelait à titre d'alliés que ceux « qui avaient épousé une parente du mineur qui était vivante ou dont il y avait quelque enfant. » Ce sont les termes de Pothier (1), et ils sont d'accord avec un adage dont la forme est un peu brutale, mais qui exprime énergiquement l'esprit du droit ancien : « Morte ma fille, mort mon gendre (2). » Cela est surtout vrai en matière de tutelle. Elle exige l'affection pour le mineur; et où sont les alliés qui conservent cette affection, alors que la mort a rompu tous les liens qui existaient entre les deux familles (3)?

La jurisprudence est contraire (4). Un arrêt de la cour de cassation invoque les articles 283 et 378 du code de procédure, d'après lesquels l'affinité subsiste comme motif de reproche contre les témoins ou de récusation à l'égard des juges, au cas même où le conjoint qui produisait l'affinité serait décédé et n'aurait pas eu de descendants. A cela on peut répondre que l'article 206 du code civil, par contre, considère l'affinité comme dissoute, quand il n'y a plus ni conjoints ni enfants. Cela prouve qu'il n'y a point de système absolu dans cette matière, que la loi considère l'affinité comme existante ou comme éteinte, selon les circonstances. Et quand on appelle les alliés à raison de l'affection qu'ils portent à des orphelins, y a-t-il lieu de regarder l'alliance comme existant encore quand tous les liens légaux sont rompus?

(1) Pothier, *Traité des personnes*, n° 151.
(2) Loysel, *Institutes coutumières*, t. Ier, n° 134, p. 166 (éd. de Laboulaye).
(3) C'est l'opinion généralement suivie (Duranton, t. III, p. 451, note. Marcadé, t. II, p. 201, art. 407, n° I. Ducaurroy, t. Ier, p. 432, n° 606. Demante, t. II, p. 231, n° 154 *bis*).
(4) Arrêts de Bruxelles du 11 juin 1812 et de la cour de cassation du 24 février 1825 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 189, 1° et 3°). Dans le même sens, Valette sur Proudhon, t. II, p. 315, n° II, et Demolombe, t. VII, p. 161, n° 255.

II. *Exceptions.*

437. L'article 408 fait deux exceptions à la limitation de nombre qu'il établit. La première concerne les frères germains et les maris des sœurs germaines. S'ils sont six, dit l'article 408, ou au delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls; aucun autre parent n'y sera appelé, sauf les ascendants, qui sont compris dans la seconde exception. S'ils sont moins de six, les autres parents ne sont appelés que pour compléter ce nombre. Dans le cas de cette première exception, le conseil de famille peut donc se composer de plus de six membres, tous frères germains, c'est à-dire appartenant aux deux lignes. La loi les appelle tous, parce qu'il n'y a pas de raison d'exclure l'un plutôt que l'autre; et d'ailleurs un conseil de frères germains, quelque nombreux qu'il soit, ne peut être que favorable au mineur à raison du proche lien de parenté qui unit les membres du conseil et le pupille.

On demande si le juge de paix doit appeler au conseil même ceux des frères germains qui demeurent hors de la distance légale de deux myriamètres. La négative résulte du texte de l'article 408; il dit que les frères germains sont seuls exceptés de *la limitation de nombre* posée en l'article précédent. Ainsi l'exception ne porte que sur le nombre de six parents ou alliés dont se compose en général le conseil; elle ne porte pas sur les lieux où ils doivent être pris. Il n'y avait pas de raison pour faire exception à cette seconde règle : les motifs pour lesquels la loi veut que les membres du conseil soient pris dans la commune où la tutelle s'ouvre, s'appliquent aux frères germains comme à tous les parents. D'ailleurs, si les intérêts du mineur l'exigent, le juge de paix a le droit de les convoquer (1).

Les maris des sœurs germaines sont mis sur la même

(1) C'est l'opinion de tous les auteurs. Aubry et Rau, t. Ier, p. 380, note 10, et les auteurs qu'ils citent.

ligne que les frères germains. Il faut appliquer ici ce que nous venons de dire de l'alliance.

438. Il résulte du double lien qui unit les frères germains au mineur, qu'ils peuvent être comptés indifféremment dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle. Un conseil de famille est composé de deux frères germains, d'un parent paternel et de trois parents maternels, le juge de paix ayant compris les frères germains parmi les parents paternels, comme il en avait le droit. On a prétendu qu'il aurait dû prendre un parent de plus dans la ligne paternelle et un de moins dans la ligne maternelle, en comptant l'un des frères germains dans cette dernière ligne. Sans doute, il l'aurait pu faire; mais il n'y était pas tenu, puisque les frères germains appartiennent aux deux lignes. La cour de cassation l'a jugé ainsi et cela ne fait aucun doute (1).

Faut-il décider la même chose quant aux enfants de frères germains? Nous répondons affirmativement avec la cour de cassation; quand un parent appartient aux deux lignes, le juge de paix a le droit de le compter indifféremment dans l'une ou dans l'autre (2). On objecte que les exceptions ne peuvent pas être étendues d'un cas à un autre (3). L'objection porte à faux. En quoi l'article 408 déroge-t-il aux règles qui sont établies pour la composition du conseil? Uniquement en ce qui concerne le nombre des membres. Cette exception-là est certes, comme toute exception, d'interprétation rigoureuse. Ainsi les enfants de frères germains ne pourraient pas être appelés au delà de six. Mais en décidant implicitement que les frères germains, s'ils sont moins de six, peuvent être comptés dans l'une ou l'autre ligne, la loi, loin de déroger à un principe quelconque, ne fait qu'appliquer la règle du double lien de parenté, et cette règle reçoit naturellement son application dans tous les cas où il y a double lien.

(1) Arrêt de la cour de cassation du 10 août 1815 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 185).

(2) Arrêt du 26 juillet 1810 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 186). C'est l'opinion généralement suivie (Aubry et Rau, t. Ier, p. 379, note 6).

(3) Arrêt de Colmar du 14 juillet 1836 (Dalloz, au mot *Interdiction* n° 84, 3°), approuvé par Dalloz (au mot *Minorité*, n° 187).

439. L'article 408 fait une seconde exception à la règle sur la limitation du nombre; il appelle au conseil, avec les frères germains, les *veuves d'ascendants* et les *ascendants valablement excusés,* s'il y en a. Quant aux femmes qui, sans être ascendantes, seraient demeurées veuves des ascendants qu'elles auraient épousés en secondes noces, elles ne sont jamais appelées au conseil. La belle-mère même ne serait pas appelée au conseil, puisque l'article 442 exclut les femmes du conseil, à l'exception de la mère et des ascendantes, à plus forte raison la veuve d'ascendant qui n'est ascendante que par alliance est-elle exclue (1).

La loi appelle encore au conseil les ascendants valablement excusés. Est-ce à dire qu'il n'y faille pas appeler les ascendants qui n'ont pas été dans le cas de s'excuser parce qu'ils ne devaient pas être tuteurs? Non, certes. Quand c'est le survivant des père et mère qui est tuteur, ou quand le dernier mourant a nommé un tuteur testamentaire, il n'y a pas lieu à la tutelle des ascendants, il ne peut donc être question de les excuser. Si, dans ce cas, on convoque un conseil de famille, les ascendants y doivent être appelés, bien qu'ils ne soient pas excusés : ils y sont appelés d'abord parce qu'ils sont les plus proches parents du mineur ; ils y sont appelés ensuite en vertu de l'article 408, comme nous le dirons à l'instant. Il peut encore se faire qu'il y ait des ascendants non excusés, quand le conseil de famille nomme le tuteur. Lorsque le survivant des père et mère refuse la tutelle ou s'excuse, lorsque le tuteur testamentaire s'excuse ou est exclu, la tutelle ne passe pas aux ascendants ; il n'y en aura donc pas qui soient valablement excusés, ce qui n'empêchera certes pas de les appeler au conseil. Pourquoi donc le code semble-t-il n'appeler les ascendants que lorsqu'ils sont *valablement excusés?* Ces mots doivent être retranchés parce qu'ils peuvent induire en erreur. On s'explique cette négligence de rédaction. Les auteurs du code ne parlent de la composition du conseil de famille qu'à propos de la nomination du tuteur datif; or, dans le cours régulier des choses, la tutelle

(1) Duranton t. III, p. 452, note 2, suivi par tous les auteurs.

dative n'a lieu qu'à défaut de la tutelle des ascendants; si donc il y a des ascendants alors que le conseil nomme un tuteur, c'est que ces ascendants se seront excusés (1).

440. Nous disons que les ascendants sont appelés au conseil, de droit, au même titre que les frères germains. La question est très-controversée. A notre avis, le texte et l'esprit de la loi ne laissent aucun doute. L'article 408 dit que si les frères germains sont six ou au delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls avec les ascendants excusés et les ascendantes veuves. Donc s'il y a six frères germains et deux ascendants, le conseil se composera de huit membres. A cela on oppose le premier alinéa de l'article 408, aux termes duquel les frères germains sont *seuls* exceptés de la limitation de nombre posée par la loi. L'objection n'a pas grande valeur, puisque le deuxième alinéa y répond en décidant que les frères germains composeront le conseil *seuls*, s'ils sont plus de six, mais *avec* les ascendants. Si le premier alinéa ne parle que des frères germains, c'est qu'il suppose qu'il n'y a pas d'ascendants. S'il y en a, le second alinéa veut qu'ils y soient appelés. Et pourquoi n'y siégeraient-ils pas? Ne sont-ils pas les parents les plus proches, les plus affectionnés du mineur? Que l'on interroge le cœur humain, et il répondra que les ascendants l'emportent sur les frères germains. Par la même raison, les ascendants doivent être membres du conseil quand il n'y a pas de frères germains. La jurisprudence est en ce sens, et la plupart des auteurs partagent cet avis (2).

Il y a une opinion contraire. On dit que les ascendants ne sont pas membres du conseil, qu'ils n'y sont appelés que par respect pour leur titre, par déférence, comme membres honoraires (3). Nous croyons inutile de discuter cette théorie, qui est purement imaginaire, qui n'a aucun appui

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 310, note. C'est l'opinion de tous les auteurs.

(2) Colmar, 27 avril 1813 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 190) et Toulouse, 5 juin 1829 (*ibid.*, n° 498). Voyez les auteurs cités au n° 190. Ajoutez Aubry et Rau, 4e édition, p. 380, note 11.

(3) C'est l'opinion de Toullier et de Marcadé. Demolombe la réfute complétement (t. VII, p. 166, n° 263).

ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi; elle fait la loi et elle la fait très-mal. Quoi! on appelle au conseil, comme membres de droit, des parents du douzième degré, des alliés, des étrangers, et on n'y appellerait pas la mère, le grand-père du mineur! Il faudrait un texte plus que formel pour admettre une pareille anomalie, nous allions dire une pareille absurdité. Gardons-nous de l'imputer au législateur, alors qu'il n'a pas dit un mot d'où l'on puisse induire qu'il y a des membres honoraires, et que ces membres honoraires seraient précisément les parents les plus proches, les plus affectionnés du mineur!

N° 3. DES AMIS.

441. S'il n'y a pas, dans la distance légale de deux myriamètres, des parents ou alliés en nombre suffisant, le juge de paix peut appeler au conseil des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur (art. 409). La loi veut que les relations aient été *habituelles*, et avec raison. On prodigue trop le nom d'ami; l'amitié ne naît pas comme l'amour, d'instinct et à première vue; elle demande une longue intimité, et ce ne seront que les vrais amis qui s'intéresseront aux enfants de leurs amis prédécédés. C'est le sens de la définition que nous trouvons dans le Digeste : « Amicos appellare debemus, non levi notitia conjunctos, sed quibus fuerint jura cum patrefamilias, honestis familiaritatis quæsita rationibus (1). » Le juge de paix doit toujours se rappeler cette définition, quand il est dans la nécessité de choisir des amis pour compléter le conseil. Il n'y aurait plus aucune garantie pour le mineur, si le juge de paix appelait des indifférents au conseil sous le titre d'amis, alors que ses plus graves intérêts et le bonheur de toute sa vie peuvent être compromis. Car le conseil de famille ne règle pas seulement des intérêts pécuniaires, il intervient dans l'éducation, il consent au mariage; il prend donc avec le tuteur la place des père et mère (2).

(1) L. 223, § 1, *de V. S.* (L, 16).
(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. Ier, p. 435, n° 609.

442. L'article 409 donne au juge de paix le choix, en cas d'insuffisance de parents ou alliés présents, d'appeler soit des parents demeurant hors de la distance légale, soit des amis. Il suit de là que c'est à lui de décider si des amis présents seront préférés aux parents qui ne sont pas sur les lieux. Les parents ne pourraient pas demander à siéger au conseil, car la loi ne leur accorde aucun droit, elle leur impose une charge et ce ne sont pas ceux qui doivent remplir une charge qui peuvent décider qu'ils ont titre et capacité pour la remplir (1). On a jugé le contraire, on a considéré la parenté comme donnant un titre, un droit, et l'éloignement comme une espèce de dispense, à laquelle les parents peuvent renoncer (2). Cela est contraire au texte de la loi; elle donne un droit au juge de paix, non aux parents. L'esprit de la loi est que l'on prenne comme membres du conseil ceux qui ont le plus d'affection pour le mineur. C'est au juge de paix à apprécier si les amis présents doivent être préférés aux parents éloignés du lieu où s'ouvre la tutelle.

443. Les amis sont pris régulièrement dans la commune même, dit l'article 409. Il en est de même des parents et des alliés (art. 407); pour les amis, il y a encore une raison plus forte que pour les membres de la famille; on ne peut pas demander à des étrangers qu'ils se déplacent et négligent leurs propres affaires pour celles du mineur. Est-ce à dire que le juge de paix ne puisse pas appeler au conseil des amis qui demeurent hors de la commune? La cour de Bruxelles a décidé avec raison qu'il a ce droit (3). Il peut y avoir nécessité, lorsqu'il n'y a pas sur les lieux des personnes dévouées aux intérêts du mineur; s'il y a hors de la distance légale des amis capables et disposés à se charger d'une mission peu agréable, tandis que sur les lieux il n'y a que des indifférents, il serait absurde de limiter le choix du juge de paix au territoire de la commune (4).

(1) Paris, 28 février 1814 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 88, 2°).
(2) Besançon, 26 août 1808 et Rouen, 29 novembre 1816 (Dalloz, au mot *Minorité*, n°s 195 et 193, 1°).
(3) Bruxelles, 29 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 282). Dans le même sens, Lyon, 14 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 33).
(4) En sens contraire, arrêt de cassation du 19 avril 1850 (Dalloz, 1850, 1, 281).

§ II. *De la formation du conseil de famille.*

N° 1. POUVOIR DU JUGE DE PAIX.

444. La loi n'a pas pu elle-même désigner d'une manière exacte et invariable quels sont les parents, alliés ou amis qui composeront le conseil. S'agit-il de parents et d'alliés, elle trace des règles générales (art. 407), mais il faut quelqu'un qui applique ces règles et qui, dans cette application, jouisse d'une certaine latitude; l'application mathématique ne se conçoit pas. Le parent le plus proche peut être incapable, il convient de lui préférer un allié: entre parents du même degré, le plus âgé peut convenir moins que le plus jeune : qui fera le choix? L'article 407 ne le dit pas, mais les articles 409 et 410, qui complètent l'article 407, disent que c'est le juge de paix. Rien de plus naturel : lui seul est désintéressé, tandis que les parents et alliés, les amis mêmes sont divisés par des intérêts opposés, ou ils ont leurs prédilections et leurs passions. Cela n'empêche pas les parents et les alliés de donner au juge de paix les renseignements qui lui sont nécessaires pour faire ses choix en connaissance de cause, car le juge de paix ne peut pas connaître toutes les familles; mais c'est le juge de paix qui choisit et forme le conseil. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point (1). Il a été jugé que ce n'est pas au parent qui provoque la convocation du conseil, de former le conseil, que ce pouvoir n'appartient qu'au juge de paix (2).

445. Le pouvoir du juge de paix est-il un pouvoir discrétionnaire? Il y a des cas dans lesquels la loi elle-même donne au juge de paix un pouvoir illimité, en ce sens qu'il ne peut devenir l'objet d'un recours. Quand les parents ou alliés se trouvent en nombre insuffisant sur les lieux, le juge de paix peut appeler soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit des amis dans la

(1) Aubry et Rau, t. Ier, p. 382, note 2.
(2) Besançon, 9 avril 1808 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 199, 2°).

commune même. Les parents ne pourraient pas se plaindre, en ce cas, que le juge de paix leur préfère des amis, puisqu'il en a le droit. S'il n'y a pas de parents sur les lieux, le juge de paix peut et doit même former le conseil d'amis, puisque c'est la seule voie légale d'arriver à la composition d'un conseil. C'est ce qui s'est fait en Belgique pour le descendant d'un roi, le petit-fils de Gustave-Adolphe III, dont le père fut déclaré déchu du trône de Suède (1). Il en serait encore ainsi s'il y avait des parents sur les lieux, mais que, par leur état de santé, ils fussent incapables de siéger (2). Quand il y a des parents capables sur les lieux, le juge n'a plus de pouvoir discrétionnaire; il est, au contraire, lié par le texte, et il doit appeler les parents (1).

Il y a encore un autre cas dans lequel le juge de paix a un pouvoir discrétionnaire. S'il n'y a pas de parents, il peut choisir des amis. Il lui appartient d'apprécier si les personnes qu'il appelle au conseil ont eu avec le père ou la mère du mineur des relations habituelles d'amitié. C'est une appréciation très-délicate et qui par sa nature même échappe à tout contrôle (4). Il a été jugé, avec raison, que si le juge de paix ne trouve pas de personnes qui aient eu avec les père et mère des relations habituelles d'amitié, il peut se contenter de personnes connaissant la famille : c'est nécessité, et la nécessité fait loi (3).

Quand nous disons que le juge de paix forme le conseil et qu'il a même, en certains cas, un pouvoir discrétionnaire, cela n'implique pas que ce magistrat soit tenu de prendre l'initiative du choix, et de désigner les parents, alliés ou amis qui doivent former le conseil. Ils peuvent lui être présentés, et il suffit qu'il les agrée. Cela a été jugé, et il n'y a aucun doute sur ce point (6).

(1) Liége, 22 juin 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 147).
(2) Douai, 4 juillet 1855 (Dalloz, 1857, 2, 47).
(3) Arrêt de cassation du 19 août 1850 (Dalloz, 1850, 1, 281).
(4) Douai, 13 février 1844 (Dalloz, 1845, 2, 152).
(5) Bordeaux, 17 janvier 1860 (Dalloz, 1860, 2, 95).
(6) Colmar, 14 juillet 1836 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 84, 3°); Bruxelles, 29 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 282) et 13 août 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 188).

446. Hors des cas que nous venons d'énumérer, le pouvoir du juge de paix n'est pas discrétionnaire. L'article 407 l'assujettit à des règles ; s'il ne les observe pas, les délibérations prises par un conseil de famille composé irrégulièrement peuvent être attaquées, et la nullité en peut être prononcée, comme nous le dirons plus loin. On demande si la formation même du conseil, avant toute délibération, peut être attaquée. Il y a un premier point qui est évident, c'est que, aussi longtemps que le conseil n'est pas constitué, tout recours est impossible. Le juge de paix est libre de modifier la composition qu'il a faite, jusqu'au jour où le conseil se constitue. Il a d'abord appelé des amis, ignorant qu'il y eût des parents; il peut revenir sur ce qu'il a fait et convoquer les parents. Il a choisi, à titre d'amis, des personnes qui n'avaient pas avec les père et mère des relations habituelles d'amitié; il peut en choisir d'autres, sans que ceux qu'il avait d'abord choisis aient le droit de réclamer (1).

La liste est dressée, le conseil de famille est convoqué. Peut-il y avoir un recours contre la formation de la liste avant toute délibération? Il y a sur ce point deux décisions contradictoires rendues par la cour de Bruxelles. Elle a jugé que les parents que le juge de paix n'avait pas appelés pouvaient réclamer et porter leur réclamation devant le conseil (2). Il a été jugé, par contre, que c'était au juge de paix à statuer sur les oppositions que des parents feraient contre la formation du conseil; que si ces difficultés devaient de prime abord être soumises aux tribunaux, il dépendrait des opposants d'arrêter les délibérations, et cela au grand préjudice du mineur (3). Il nous semble que la question doit être décidée par la distinction qui sert de base à la théorie des nullités en cette matière. Nous dirons plus loin qu'il y a des conditions de forme requises pour l'existence même d'un conseil de famille; la qualité des membres qui le composent n'est pas considérée comme une

(1) Aix, 3 août 1838 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 199, 1°).
(2) Bruxelles, 18 mai 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 264).
(3) Bruxelles, 22 juin 1827 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 169, et *Pasicrisie* 1827, p. 226).

condition essentielle; elle donne seulement lieu à nullité quand l'intérêt du mineur est compromis par la délibération. Si l'on admet cette doctrine, il faut décider que la composition irrégulière du conseil ne peut donner lieu à une plainte avant toute délibération; car on ne peut pas savoir d'avance si cette irrégularité nuira au mineur; et à quoi bon entamer des procès, susciter des lenteurs, entraver les délibérations, alors que les délibérations seront le plus souvent à l'abri de toute action en nullité? Ce serait nuire au mineur, à force de vouloir garantir ses intérêts. Aussi nos textes ne parlent-ils que des délibérations, aucune loi n'ouvre un recours contre la formation de la liste avant toute délibération.

Nº 2. DU DOMICILE DE LA TUTELLE.

417. On entend par domicile de la tutelle, la commune où s'ouvre la tutelle. Quelle est cette commune? Il importe beaucoup de le déterminer. En effet, c'est le juge de paix du domicile où s'ouvre la tutelle qui forme le conseil de famille, et il le forme régulièrement de parents, d'alliés ou d'amis pris dans la commune où la tutelle s'est ouverte, ou dans la distance de deux myriamètres (art. 407). La composition du conseil dépend donc du lieu où la tutelle s'ouvre, ou de ce qu'on appelle le domicile de la tutelle. Or, cette composition est une chose essentielle pour garantir les intérêts du mineur. Il importe que le conseil soit composé de proches parents ou alliés, ou d'amis dévoués. Pour que ce but soit atteint, il faut que le conseil soit formé dans la commune où réside la famille du mineur. Nous allons voir comment la loi, la doctrine et la jurisprudence ont résolu ce problème difficile.

Nous n'avons qu'une seule disposition sur la matière, celle de l'article 406. Après avoir dit (art. 405) dans quel cas il y a lieu à la nomination du tuteur par le conseil de famille, le code ajoute (art. 406) : « Ce conseil sera convoqué par le juge de paix du domicile du mineur. » Puis vient l'article 407, qui décide que les parents ou alliés dont

se compose le conseil de famille seront pris dans la commune où la tutelle sera ouverte et dans la distance de deux myriamètres. L'article 409 dit la même chose des amis. Dans ces articles, il n'est question que de la tutelle dative. Tout ce qui en résulte, c'est donc que la tutelle dative s'ouvre au domicile du mineur, et que c'est là que l'on forme le conseil de famille. Quel est ce domicile? Telle est la question capitale. Avant de l'examiner, il nous faut voir où s'ouvrent les autres tutelles.

Dans la tutelle légale, dans la tutelle testamentaire et dans la tutelle des ascendants, le conseil de famille n'intervient pas pour nommer le tuteur; il est nommé par la loi ou par le dernier mourant des père et mère. Toutefois, ces divers tuteurs doivent faire convoquer un conseil de famille avant leur entrée en gestion; ce conseil a à s'occuper des affaires les plus importantes : c'est lui qui nomme le subrogé tuteur, c'est lui qui spécialise l'hypothèque légale du mineur et qui veille à ce qu'elle soit inscrite, c'est lui qui règle le budget de la tutelle. Il importe donc de déterminer la commune où ce conseil sera formé, c'est-à-dire le domicile de la tutelle. Quel est ce domicile? Nous n'avons pas de texte; l'article 406 concerne la tutelle dative. L'article 407, quoique placé dans la section de la tutelle dative, est applicable à toute tutelle; mais tout ce qu'il dit, c'est que les parents ou alliés dont le conseil de famille se compose seront pris dans la commune où la tutelle s'ouvre; il ne dit pas quelle est cette commune quand la tutelle est légale ou testamentaire. L'article 421, aux termes duquel le tuteur légal ou testamentaire doit faire convoquer le conseil de famille pour la nomination d'un subrogé tuteur, renvoie à la section IV pour la composition du conseil, mais ne dit pas où ce conseil doit être formé. Tout le monde admet que lorsque le survivant des père et mère est tuteur, le conseil de famille est formé à son domicile, qui est aussi le domicile du mineur. Cela résulte d'abord de ce principe général que tous les actes juridiques qui intéressent une personne se font à son domicile; donc la tutelle doit aussi s'ouvrir au domicile du mineur, et ce domicile est celui de son père lors de l'ou

verture de la tutelle (art. 108). Il y a ensuite un argument par analogie dans l'article 406. Si la tutelle s'ouvre au domicile du mineur quand la tutelle est dative, elle doit s'ouvrir aussi à son domicile quand elle est légale ou testamentaire ; il y a plus qu'analogie, il y a identité de motifs. Cela est aussi fondé en raison. Le domicile du mineur, quand la tutelle légale s'ouvre, est celui de son père ; le plus souvent les parents et alliés du mineur auront leur résidence là où le père est domicilié ; c'est donc là que l'on pourra former le plus facilement un conseil de famille.

Nous arrivons à cette conséquence que le premier domicile de la tutelle est celui du père du mineur. Naît maintenant la question de savoir si ce domicile restera le même pendant tout le cours de la tutelle, jusqu'à ce que le mineur devienne majeur. Ou le domicile de la tutelle change-t-il avec celui du mineur ? Le domicile du mineur peut changer souvent pendant le cours de la tutelle. C'est un domicile légal. Supposons que la tutelle s'ouvre par le décès de la mère, le domicile du mineur sera celui du père ; le père peut changer de domicile, et à chaque changement de domicile du père, le domicile du mineur changera aussi. S'il y a lieu de convoquer un conseil de famille pendant la tutelle du père, le formera-t-on chaque fois au domicile actuel du mineur, c'est-à-dire du père ? ou le domicile primitif de la tutelle reste-t-il immuable ? Supposons encore que le père survivant vienne à mourir ; il nomme un tuteur testamentaire ayant un domicile différent du sien ; le mineur aura son domicile chez son nouveau tuteur. Est-ce aussi là que se réunira le conseil de famille ? Même question, s'il y a lieu à la tutelle des ascendants. Même question, s'il y a lieu à la tutelle dative. L'article 406 décide, dans ce dernier cas, que le conseil de famille appelé à déférer la tutelle sera formé au domicile du mineur. Mais quel est ce domicile ? est-ce le domicile légal que le mineur a lorsqu'il y a lieu de nommer le tuteur ? ou est-ce le domicile primitif de la tutelle, c'est-à-dire le domicile du père lors de la première ouverture de la tutelle ?

448. La question est très-controversée et les motifs

de douter ne manquent pas. On s'accorde généralement à admettre que le domicile de la tutelle est immuable, c'est-à-dire qu'il reste fixé là où la tutelle s'est ouverte lors du décès de l'un des père et mère, quels que soient les changements qu'éprouve le domicile du mineur. Mais, d'accord sur le principe, on est loin de s'accorder sur les conséquences du principe, sur les exceptions qu'il reçoit. S'il y a tant d'incertitude dans la doctrine et dans la jurisprudence, ne serait-ce pas parce que le principe même est faux? Ecoutons d'abord les motifs sur lesquels on fonde le domicile immuable de la tutelle.

C'est un jurisconsulte éminent, Daniels, qui a le premier soutenu ce système devant la cour de cassation. Il invoque l'intérêt du mineur et le danger que présenterait pour lui la mobilité du conseil de famille, s'il variait aussi souvent que le domicile légal du mineur change. Ce motif est répété dans tous les arrêts et par tous les auteurs. Ne convient-il pas que le conseil soit formé là où l'on trouvera les parents les plus proches, les plus affectionnés du mineur? Si l'on forme le conseil là où le tuteur a son domicile, ne se pourra-t-il pas que l'on n'y trouve pas même de parents? Ne serait-ce pas là un grand danger pour le mineur? Le tuteur ne pourrait-il pas déplacer son domicile pour échapper au contrôle de la famille et former un conseil d'indifférents qui sacrifieront les intérêts du mineur? Même en faisant abstraction de toute fraude, ne faut-il pas qu'il y ait une certaine suite dans la direction et dans la surveillance d'une tutelle? Conçoit-on une tutelle qui s'ouvre à Lille, se continue à Marseille et voyage ensuite de Strasbourg à Rennes? On trouve ce motif dans l'arrêt de la cour de cassation rendu sur les conclusions de Daniels : « Il serait souvent contraire aux intérêts des mineurs que la convocation des conseils de famille suivît les divers domiciles que pourraient prendre successivement les tuteurs (1). » Dans l'arrêt de 1819, on lit que si le conseil de famille devait suivre les juges de paix des divers

(1) Arrêt du 29 novembre 1809 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 209, 1°, et les conclusions de Daniels, *ibid.*, n° 213).

domiciles que pourraient prendre successivement les tuteurs, il pourrait en résulter l'inconvénient grave de soustraire les tuteurs à la surveillance naturelle du véritable conseil de famille, et de livrer le mineur à l'arbitraire de conseils étrangers à sa personne et indifférents à ses intérêts, tandis qu'en général ces dangers cessent quand le conseil de famille est convoqué au premier domicile du mineur, qui est son domicile naturel (1). Les auteurs reproduisent les mêmes considérations ; il est inutile de les répéter (2).

449. Il est presque téméraire de combattre un principe qui paraît admis par tout le monde. Mais quand on y regarde de près, l'on voit que chacun a son système et que le prétendu principe est modifié à chaque instant. Cela nous met à l'aise, d'autant plus que notre avis concorde au fond avec la jurisprudence de la cour de cassation. Nous nions qu'il y ait un domicile de la tutelle; nous soutenons que le conseil de famille est toujours formé au domicile du mineur. Rappelons d'abord que ce dernier principe est admis par la doctrine et par la jurisprudence quand il s'agit de la première ouverture de la tutelle ; lors du décès de l'un des père et mère, la tutelle s'ouvre au domicile du mineur, c'est-à-dire au domicile du père prédécédé ou survivant. Ce principe n'est lui-même, comme nous l'avons dit, que l'application à la tutelle du principe général qui régit le domicile. Le domicile primitif de la tutelle étant attaché au domicile du mineur, il en faut conclure que le domicile de la tutelle change avec le domicile du mineur. C'est une conséquence logique du principe que nous venons de rappeler. La loi ne connaît pas de domicile immuable; le domicile est, au contraire, changeant de sa nature;

(1) Arrêt de cassation du 23 mars 1819 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 209, 2°). Voyez, dans le même sens, les arrêts d'Aix du 7 mars 1846 (Dalloz, 1846, 2, 171), de Nîmes du 2 mars 1848 (Dalloz, 1848, 2, 58) et de Nancy du 1er juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 234). Les cours de Belgique admettent le même principe : Bruxelles, 8 mai 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 115), 14 novembre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 286) et 2 août 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 158); Gand, 22 mai 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 293), 5 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 310) et cour de cassation, 27 janvier 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 1, 103).

(2) Toullier, t. II, n° 1114. Duranton, t. III, n° 453. Valette sur Proudhon, t. II, p. 313. Marcadé, t. II, p. 204, art. 410, n° III. Aubry et Rau, t. Ier, p. 376. Demolombe, t. VII, p. 146, nos 241 et suiv.

pour qu'il en fût autrement du domicile de la tutelle, il faudrait un texte, car ce serait une exception à une règle générale. Où est le texte qui déclare le domicile de la tutelle immuable? Nous le cherchons vainement; il n'y a pas même de texte qui détermine le domicile primitif de la tutelle; c'est par application d'un principe général qu'on le fixe au domicile du mineur, c'est-à-dire du père; eh bien, ce même principe nous oblige aussi à déclarer le domicile variable.

Vainement oppose-t-on les inconvénients, les dangers qui résultent des changements continuels dans la composition du conseil de famille; tout cela serait vrai, qu'il ne nous est pas permis de déroger à un principe et de créer des exceptions par voie d'interprétation. Mais les dangers et les inconvénients sont-ils réellement aussi grands qu'on le dit? Le code répond à l'objection. Si le tuteur transporte son domicile ailleurs pour échapper à la surveillance des parents les plus proches, ceux-ci n'auront qu'à prévenir le juge de paix du nouveau domicile, et ce magistrat aura soin de faire usage du pouvoir que lui donnent les articles 409 et 410 : il convoquera les parents les plus proches à quelque distance qu'ils soient domiciliés, comme il en a toujours le droit. Objectera-t-on les frais qui en résulteront et qui seront supportés par le mineur? Si, comme on le suppose, le tuteur est de mauvaise foi, le juge mettra les frais à sa charge. Est-il de bonne foi, on rentre dans le droit commun. L'intérêt du mineur décidera; s'il exige que les parents les plus proches soient appelés, ils le seront; la considération des frais n'a pas arrêté le législateur, et ne doit pas arrêter le juge de paix. Quant à la tutelle que Daniels faisait voyager d'un bout de la France à l'autre et jusqu'aux colonies, il est évident que c'est là une rare exception, si toutefois elle s'est jamais présentée. Ce sont des hypothèses créées à plaisir, et si nous voulions nous lancer dans le champ des hypothèses, il nous serait facile d'en formuler plus d'une où le principe de l'immutabilité du domicile se trouverait aussi en défaut (1). Cela ne

(1) Voyez l'exemple donné par Marcadé, t. II, p. 205, art. 410, n° II.

prouve-t-il pas qu'il faut laisser de côté les faits accidentels et s'en tenir aux principes?

Nous demandons un texte; il en faut un pour que l'on puisse admettre une exception. Pour en trouver un, Daniels a dû recourir au droit romain. Or, les Romains ne savaient pas ce que c'était qu'un conseil de famille, ni par conséquent un domicile de la tutelle, tel que nous l'entendons aujourd'hui. Que disent les lois romaines? Que le tuteur, en acceptant la tutelle, se soumet à la juridiction du lieu où elle lui a été déférée (1). Le code de procédure dit aussi que le tuteur sera poursuivi, pour la reddition de son compte, devant le juge du lieu où la tutelle a été déférée (art. 527). Qu'est-ce que cela a de commun avec la question de savoir où se réunira le conseil de famille quand le domicile du mineur change?

450. Notre opinion, quoique, en apparence, contraire à celle que la cour de cassation a consacrée, n'en est pas aussi éloignée qu'on le pourrait croire à première vue. La difficulté se présente dans deux hypothèses. D'abord quand il y a lieu à un changement de tutelle. Il s'agit de remplacer un tuteur décédé. Où le conseil de famille devra-t-il être convoqué? Nous disons : au domicile du mineur. La cour de cassation dit : au domicile primitif de la tutelle. En apparence, les deux décisions sont différentes. En réalité, elles concordent, au moins le plus souvent. Supposons un tuteur testamentaire venant à décéder; il sera remplacé par un tuteur datif. Le conseil de famille, dans notre opinion, doit se réunir au domicile du mineur. Mais quel est ce domicile? Le mineur a un domicile d'origine, celui de son père; quand le père tuteur est remplacé par un tuteur testamentaire, le domicile d'origine est remplacé par le domicile du nouveau tuteur; mais si ce tuteur vient à mourir, le nouveau domicile cesse à l'instant où le tuteur meurt, car la tutelle étant détruite, tous les liens, tous les rapports légaux qui existaient entre le mineur et son tuteur se trouvent rompus. Quel sera donc le domicile du mineur, en attendant qu'il ait un nouveau tuteur? La

(1) L. 45, D., *de judic.* (V, 1). L. 1, C., *ubi de ratiociniis* (III, 21).

cour de cassation dit que le mineur reprend son domicile naturel, c'est-à-dire celui de son père; et, en effet, il n'y en a pas d'autre qu'on puisse lui attribuer; donc c'est au domicile du père, lors de l'ouverture première de la tutelle, que le conseil de famille se réunira; or, c'est aussi là le domicile de la tutelle. Sur ce point, notre opinion concorde donc avec la jurisprudence de la cour de cassation (1).

Toutefois il y a un cas où les deux opinions ne concordent plus. Le père survivant exerce la tutelle; il meurt; il y a lieu de nommer un tuteur datif; où le conseil de famille se réunira-t-il? Dans notre opinion, au dernier domicile du père; ce domicile subsiste, puisqu'il tient lieu du domicile d'origine du mineur; en effet, le domicile que le père a, en mourant, est le domicile d'origine de l'enfant mineur. Dans le système de l'immutabilité du domicile, il faudrait, au contraire, décider que le conseil de famille se réunira au domicile que le père avait lorsque la tutelle s'est ouverte par le décès de la mère, car c'est là le domicile de la tutelle. Laquelle des deux opinions est la plus conforme aux principes? La prétendue immutabilité du domicile de la tutelle n'a aucun appui dans les textes; c'est une théorie que l'on a introduite dans le code, en dérogeant aux principes qui régissent le domicile; tandis que notre opinion est l'application rigoureuse de ces principes. Cela décide la question. Ce qui témoigne pour notre opinion, c'est que la cour de cassation elle-même y est revenue, en admettant une exception à la doctrine qu'elle avait consacrée par ses premiers arrêts. Elle a décidé que lorsque la tutelle s'ouvrait par la mort de la mère survivante et tutrice, le conseil de famille devait se tenir à ce domicile. Les demandeurs en cassation s'appuyaient sur le système de la cour, tel qu'il résultait des arrêts de 1809 et de 1819; logiquement la cour de cassation aurait dû admettre que le domicile du père prédécédé déterminait irrévocablement le lieu de l'ouverture de la tutelle et de la convocation du

(1) Voyez l'arrêt précité de la cour de cassation du 23 mars 1819 et les observations du conseiller rapporteur Mesnard, lors de l'arrêt de 1846, dont nous allons parler (Dalloz, 1846, 1, 131).

conseil de famille ; tandis qu'elle se fonda sur le domicile du mineur, qui, dans l'espèce, était celui du dernier décédé de ses père et mère (1).

La cour de cassation a admis une autre exception, bien plus grave, à la doctrine consacrée par sa première jurisprudence. En 1846, elle a jugé que lorsque la tutelle est définitivement organisée, le conseil de famille doit être convoqué au domicile du tuteur, quand même ce domicile ne serait pas celui de l'ouverture primitive de la tutelle. La cour abandonne donc le principe du domicile immuable pour toutes les délibérations qui doivent avoir lieu pendant le cours d'une tutelle. Elle ajoute cependant une restriction à cette décision : « Pourvu que les intérêts du mineur n'en puissent éprouver aucun préjudice. » Elle-même avait invoqué, dans ses premiers arrêts, l'intérêt du mineur, pour établir le principe de l'immutabilité du domicile. De là la réserve que fait l'arrêt de 1846 (2). Le conseiller rapporteur Mesnard dit que l'intérêt du mineur demande d'ordinaire que le conseil soit convoqué au domicile du tuteur; que de cette manière on peut obtenir de suite une autorisation, au lieu de la demander au loin et en subissant de longs retards. Après tout, les tribunaux pourront apprécier la délibération du conseil de famille, et l'annuler si les intérêts du mineur n'ont pas été suffisamment ménagés.

Les auteurs critiquent vivement cette jurisprudence; elle manque de netteté et de fermeté, dit Demolombe; Dalloz va jusqu'à la qualifier de déplorable (3). A notre avis, la cour suprême est revenue aux vrais principes en s'attachant au domicile du mineur. C'est le seul motif juridique de décider. Il est vrai que la cour est en contradiction avec elle-même. Après avoir établi le principe de l'immutabilité du domicile de la tutelle, elle l'a déclaré ensuite variable. Il fallait, au contraire, poser comme principe qu'il n'y a pas de domicile de la tutelle, qu'il y a seulement un domi-

(1) Arrêt du 10 août 1825 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 210). Comparez un arrêt de Metz du 7 mars 1867 (Dalloz, 1867, 2, 60).
(2) Arrêt de rejet du 4 mai 1846 (Dalloz, 1846, 2, 129).
(3) Demolombe, t. VII, n° 251. Dalloz, au mot *Minorité*, n° 214.

cile du mineur, lequel détermine le lieu où s'ouvre la tutelle et le lieu où le conseil de famille se réunit. Les auteurs sont divisés comme la jurisprudence (1).

451. Il ne faut pas confondre la question de l'immutabilité du conseil de famille avec celle de la permanence de ce conseil. Régulièrement ce sera le même juge de paix qui convoquera le conseil, dans la même commune, pendant toute la durée de la tutelle. Mais doit-il convoquer les mêmes membres? La permanence du conseil serait, en un sens, avantageuse au mineur; elle donnerait de la suite et de l'unité à la direction des intérêts moraux et pécuniaires dont le conseil est chargé. Mais avant de voir si la permanence est utile, il faut voir si elle est légale. Or, il suffit d'ouvrir le code pour se convaincre que le conseil n'est pas un corps permanent. Les règles mêmes que la loi établit pour la composition du conseil de famille prouvent qu'il est dans le cas de varier d'une réunion à l'autre. Le juge de paix doit appeler au conseil les parents les plus proches qui se trouvent sur les lieux. Si l'un des parents convoqués quitte la commune, si un parent plus proche s'y établit, le juge de paix sera forcé de tenir compte de ces changements, il devra convoquer pour une nouvelle délibération le parent le plus proche qui sera sur les lieux, et il ne pourra plus convoquer le parent moins proche qui demeure hors de la distance légale (art. 407-410). Telle est aussi l'opinion commune, et elle n'est pas douteuse, bien qu'il y ait un arrêt en sens contraire (2).

§ III. *Convocation du conseil.*

452. Le conseil de famille est convoqué, soit en vertu d'une ordonnance, soit en vertu d'une autorisation émanée du juge de paix. Ce magistrat peut ordonner ou autoriser la convocation, soit d'office, soit sur réquisition.

(1) Demolombe, t. VII, p. 174, n° 278. Ducaurroy, *Commentaire*, t. Ier, p. 436, n° 609.

(2) Arrêt de Rouen du 9 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 106). On y lit,

Le juge de paix convoque le conseil d'office quand il s'agit de nommer le tuteur ou de le remplacer (art. 406). Les articles 446 et 426 le chargent encore de convoquer le conseil d'office quand il y a lieu de destituer le tuteur. Ces dispositions sont-elles limitatives? Elles prescrivent au juge ce qu'il doit faire, elles ne tracent pas la limite de ce qu'il peut faire. Président-né du conseil, appelé à veiller aux intérêts du mineur, il peut certes convoquer le conseil aussi souvent que les intérêts du mineur l'exigent (1).

La loi indique, dans les divers cas, les personnes qui ont le droit de requérir la convocation du conseil. S'agit-il de la nomination du tuteur, la loi donne ce droit aux parents et aux créanciers du mineur, ainsi qu'à toutes parties intéressées (art. 406). L'article 406 ne nomme pas les alliés; mais en matière de tutelle, les alliés sont, en principe, mis sur la même ligne que les parents (2). Les parents et alliés ne sont pas toujours appelés d'une manière illimitée, comme dans le cas de l'article 406; quand il s'agit de faire destituer le tuteur, la réquisition ne peut être formée que par les parents ou alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches. Cette restriction s'explique par la gravité de la mesure sur laquelle le conseil doit délibérer (art. 446). Toutefois, quand le tuteur est sujet à destitution pour n'avoir pas fait nommer de subrogé tuteur, la loi permet de nouveau à tous parents, et par suite à tous alliés, de requérir la convocation du conseil (art. 421). Dans ces mêmes circonstances, les créanciers du mineur et autres parties intéressées peuvent également requérir la convocation du conseil (art. 406 et 421). Par parties intéressées, il faut entendre ceux qui, comme les créanciers, ont un intérêt pécuniaire.

L'article 406 ne mentionne pas le subrogé tuteur parmi les personnes qui peuvent requérir la convocation du con-

non sans étonnement, que la permanence du conseil de famille dans sa composition est un principe certain!

(1) Dalloz, au mot *Minorité*, n° 204. En sens contraire, Magnin, t. Ier, n° 321.

(2) Demante dit que c'est par inadvertance que l'article 406 ne nomme pas les alliés (t. II, p. 230, n° 153 *bis* II).

seil, parce qu'il suppose qu'il n'y a pas encore de subrogé tuteur au moment où le conseil de famille est appelé à nommer un tuteur datif. Il en est ainsi quand le survivant des père et mère refuse la tutelle ou s'excuse. D'ordinaire il y aura un subrogé tuteur, parce que la tutelle dative ne vient qu'en dernière ligne. Lorsque la tutelle devient vacante, c'est au subrogé tuteur spécialement que la loi fait un devoir de convoquer le conseil pour la nomination d'un nouveau tuteur (art. 424). C'est encore lui qui doit convoquer le conseil pour délibérer sur la destitution du tuteur (art. 446).

La loi ne parle pas du tuteur. Il va sans dire qu'il a le droit et le devoir de requérir la convocation du conseil dans tous les cas où il a besoin d'une autorisation en vertu de la loi. Il le peut encore, bien que l'autorisation ne soit pas prescrite par la loi, quand il croit devoir consulter le conseil. Qui veut la fin, veut les moyens.

453. La loi ne mentionne pas les officiers du ministère public parmi les personnes qui peuvent requérir la convocation du conseil de famille. Il est de jurisprudence que le ministère public n'a pas ce droit. La cour de cassation a cassé un arrêt de la cour de Paris qui avait ordonné la convocation d'un conseil sur les conclusions du procureur général, et elle a annulé les délibérations qui avaient été prises par suite de cette convocation irrégulière. Cette décision est fondée sur le principe que le ministère public n'a pas le droit d'agir, par voie d'action, en matière civile, excepté dans quelques cas spéciaux déterminés par la loi; de là la cour conclut qu'il est sans pouvoir dans les cas non spécifiés. L'article 46 de la loi du 20 avril 1810 a donné lieu, dans ces dernières années, à de vives discussions. Nous avons admis, en principe, que le ministère public peut agir d'office quand il poursuit l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public (1). D'après cela, il faudrait décider que le ministère public peut demander la convocation du conseil de famille, quand il y a lieu de procéder à la nomination ou à la destitution d'un tu-

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 629, nº 498.

teur, ou même de prendre des mesures dans l'intérêt du mineur. Mais, à notre avis, le principe reçoit une restriction. Le code règle, jusque dans les moindres détails, tout ce qui concerne la convocation du conseil, il désigne avec un soin minutieux quelles personnes peuvent requérir la convocation; il ne nomme pas le ministère public. Une loi générale, telle que la loi de 1810, peut-elle déroger aux dispositions spéciales du code civil? Nous ne le croyons pas. Il faut dire avec la cour de cassation que l'article 406 n'ayant pas nommé le ministère public parmi les personnes qui ont le droit de requérir la convocation d'un conseil de famille pour la nomination d'un tuteur, son droit se borne à pouvoir dénoncer, comme toute autre personne, au juge de paix le fait qui doit donner lieu à la nomination d'un tuteur. Le ministère public n'ayant pas le droit de requérir, les tribunaux n'ont pas le droit de statuer sur ses réquisitions; de là la nullité des délibérations ordonnées sans droit. Les auteurs sont d'accord avec la jurisprudence (1).

454. L'article 406 ajoute que toute personne pourra *dénoncer* au juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur. Il y a une différence entre le droit de *dénonciation* et le droit de *réquisition*. Le juge de paix est tenu de convoquer le conseil quand il en est requis par ceux qui ont le droit de requérir la convocation. S'il ne le fait pas, les requérants peuvent attaquer son ordonnance par la voie de l'appel, et s'il n'a pas rendu d'ordonnance, ils peuvent le prendre à partie. Tandis que la *dénonciation* a uniquement pour but de porter les faits à la connaissance du juge de paix, sauf à lui à agir comme il l'entend (2).

455. La convocation se fait au moyen d'une citation extrajudiciaire qui est notifiée aux membres du conseil de famille. Ces assignations peuvent se donner, soit par le juge de paix, soit par le parent qui a requis la convocation; la loi n'exige pas formellement que les citations se

(1) Arrêt de cassation du 11 août 1818 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 205). Voyez, *ibid.*, les auteurs qui y sont cités.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 538.

donnent au nom du juge de paix (1). La citation légale exige l'intervention d'un huissier. Elle peut se faire aussi au moyen d'un simple avertissement ou d'une lettre, même verbalement. Mais les citations extralégales, si elles ont l'avantage de diminuer les frais, ont un inconvénient très-grave; les parents non convoqués légalement pourront attaquer la délibération, car il n'y a pas de conseil sans convocation légale.

La loi fixe le délai dans lequel les parents doivent comparaître : il est de trois jours pour ceux qui résident dans la distance légale de deux myriamètres; au delà de cette distance, le délai est augmenté d'un jour par trois myriamètres (art. 411). Un délai est nécessaire, d'abord pour donner aux parents le temps de mettre ordre à leurs affaires, puis pour qu'ils puissent prendre des renseignements sur l'objet de la délibération. Il y a ici une lacune dans la loi; elle aurait dû prescrire d'indiquer l'objet de la délibération dans la convocation; on délibère mal quand personne n'est préparé.

456. L'article 413 porte : « Tout parent, allié ou ami, convoqué, et qui, sans excuse légitime, ne comparaîtra point, encourra une amende qui ne pourra excéder cinquante francs et sera prononcée sans appel par le juge de paix. » La tutelle est une charge que personne, en règle générale, ne peut refuser. Il en doit être de même, à plus forte raison, des fonctions moins pénibles de membre du conseil de famille. Quand il s'agit de la tutelle, la loi établit les excuses que le tuteur peut faire valoir. Elle se montre plus facile pour l'assistance aux délibérations du conseil; le membre qui a une excuse doit la proposer au juge de paix, lequel l'appréciera. S'il y a des membres qui ne se présentent pas et ne donnent pas d'excuse, le juge de paix les condamnera à l'amende sans appel, dit la loi. Toutefois le juge écouterait certes les excuses que le parent absent ferait valoir, s'il a eu des raisons de ne pas les faire connaître avant la réunion. Il va sans dire que l'amende ne peut être prononcée que contre le membre

(1) Aix, 24 août 1809 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 208).

légalement convoqué; car celui qui est convoqué à l'amiable n'est pas convoqué dans le sens légal du mot; il ne peut donc pas être condamné à l'amende.

Un juge de paix avait condamné à l'amende deux parents qui s'étaient rendus à la convocation, mais avaient refusé de délibérer, parce que, selon eux, le conseil était irrégulièrement composé. La décision du juge de paix fut cassée, et avec raison; on ne peut pas appliquer de peine par analogie, car il n'y a point de peine sans loi pénale (1).

457. Les membres du conseil peuvent se faire représenter par un mandataire spécial (art. 412). Cette disposition est exceptionnelle; en général, celui qui fait partie d'un corps délibérant doit y assister en personne, car la fonction qu'il est appelé à remplir est essentiellement personnelle. Il en est ainsi surtout des membres du conseil de famille : la loi veut qu'on les prenne parmi les parents les plus proches, les plus affectionnés pour le mineur : est-ce qu'on transporte l'affection, l'intérêt moral par voie de procuration? Les membres du conseil étant pris régulièrement sur les lieux, il y avait une raison de plus d'exiger leur présence. C'est par équité, par indulgence que le code déroge à la rigueur des principes.

Le code n'exige pas que la procuration soit authentique, il veut qu'elle soit spéciale. Cela ne veut pas dire que le mandant prescrive au mandataire ce qu'il doit dire et faire; le mandat ne peut pas être impératif, parce qu'un pareil mandat serait en opposition avec le but de la délibération; c'est dans la discussion que se forment les avis; dès lors il faut que tous les membres jouissent d'une entière liberté (2).

L'article 412 ajoute que le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne. C'est une conséquence de la personnalité de la fonction que le mandataire doit remplir. S'il ne s'agissait que de donner un vote, un seul

(1) Arrêt de cassation du 10 décembre 1828 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 220).

(2) Metz, 24 brumaire an XIII (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 163, 1°). Un arrêt de Paris du 26 avril 1851 se borne à décider que la procuration ne doit pas énoncer l'opinion que le mandataire devra émettre (Dalloz, 1852, 2, 174).

mandataire pourrait à la rigueur voter pour tous les membres du conseil, mais il faut délibérer avant de voter, et l'on ne conçoit pas qu'un seul et même membre émette un avis différent, en se combattant en quelque sorte lui-même. De là suit qu'un membre présent ne peut pas en même temps être mandataire d'un membre absent, car il aurait deux personnages à jouer, tout comme un mandataire qui représenterait deux parents (1).

Puisque le mandataire tient la place d'un membre du conseil, il s'ensuit que celui qui est incapable d'être membre du conseil est incapable, par cela même, d'être mandataire. Cela a été jugé ainsi pour le mineur (2). Il est vrai que le mineur émancipé peut être mandataire (art. 1990); mais cela suppose un mandat donné uniquement dans l'intérêt du mandant; tandis que dans les délibérations du conseil il s'agit essentiellement des intérêts du mineur. La femme peut aussi être mandataire, et cependant elle ne pourrait certes pas représenter un membre du conseil, puisque la loi la déclare incapable de siéger au conseil de famille (art. 442).

458. Si un membre du conseil ne comparaît pas, et que son excuse soit admise, c'est au juge de paix à décider s'il convient d'attendre ce membre absent ou de le remplacer. Il pourra en conséquence ajourner l'assemblée ou la proroger. L'article 414 ajoute que le juge de paix a ce droit dans tous les cas où l'intérêt du mineur semblera l'exiger. *Ajourner* l'assemblée, c'est renvoyer la délibération sans en fixer le jour (3); la *proroger*, c'est remettre ou continuer la délibération à jour fixé. Dans le premier cas, il faut une nouvelle convocation, en observant les délais; dans le second, il n'en est pas besoin pour les membres présents; le fait de la prorogation les avertit suffisamment (4). Cette disposition déroge au droit commun, d'après lequel ce sont les corps délibérants eux-mêmes qui

(1) Turin, 20 février 1807 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 256, 7°).
(2) Orléans, 12 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 60).
(3) D'après le Dictionnaire de l'Académie, *ajourner* veut dire renvoyer à un certain jour ou à un jour indéterminé; et *proroger* signifie remettre la délibération à un certain jour.
(4) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 450, n° 457, note 2.

s'ajournent à jour fixe ou indéterminé. La loi donne ce pouvoir au juge de paix, parce que lui seul est désintéressé dans les débats; il serait à craindre que la majorité ne voulût profiter de l'absence d'un parent pour emporter la délibération; souvent il arrive que les deux familles qui composent le conseil sont divisées d'intérêts ou de passions; le juge de paix exercera un pouvoir modérateur.

§ IV. *Délibération.*

459. L'assemblée se tient de plein droit chez le juge de paix (art. 415), par une raison de convenance et de dignité. Toutefois la loi lui permet de désigner un autre local, tel que la salle de la justice de paix ou la demeure de l'un des membres du conseil. Les séances du conseil ne sont pas publiques. D'après l'article 8 du code de procédure, les audiences de la justice de paix sont publiques, et notre Constitution a fait de la publicité un principe de droit public non-seulement pour les tribunaux (art. 96), mais pour tous les corps politiques, les deux Chambres (art. 33), les conseils provinciaux et les conseils communaux (art. 108, n° 3). La publicité est l'âme des gouvernements libres, mais elle suppose que les assemblées délibèrent sur des intérêts généraux, tandis que les conseils de famille règlent exclusivement des intérêts privés. Mais si la délibération n'intéresse pas les tiers, il n'en est pas de même des décisions; ceux qui traitent avec le tuteur ont certes intérêt à les connaître. Toutefois la loi ne prescrit et n'autorise même aucune publicité. C'est une lacune. Il a été jugé que le dépôt des minutes des actes émanés des conseils de famille au greffe de la justice de paix a lieu dans l'intérêt des familles, et non pour livrer au public le secret des délibérations; que par suite le greffier n'est pas obligé de donner à tout requérant expédition de ces délibérations (1); il faut ajouter qu'il n'y est pas même autorisé.

(1) Arrêt de rejet de la cour de cassation du 30 décembre 1840 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 259).

460. L'article 415 porte que la présence des trois quarts au moins des membres *convoqués* est nécessaire pour que le conseil puisse délibérer. C'est sur la proposition de la section de législation du Tribunat que l'on a ajouté le mot *convoqués*, afin de marquer que le juge de paix n'est point compté dans le calcul des trois quarts; comme, régulièrement, le conseil se compose de six membres, il faudra cinq membres, outre le juge de paix, pour que l'assemblée puisse délibérer. Le Tribunat voulait qu'il y eût toujours au moins trois parents de l'une des deux lignes pour que le conseil pût délibérer (1).

Quand les trois quarts sont présents, le conseil peut délibérer. Peu importe que quelques membres refusent, par un motif quelconque, de prendre part à la délibération. La loi exige seulement la présence, et avec raison. Si elle avait prescrit que les trois quarts prissent part à la délibération, la minorité aurait pu empêcher toute décision, ce qui eût compromis les intérêts du mineur (2).

461. Le code ne dit pas quelle majorité est requise pour les décisions; il se borne à donner au juge de paix voix prépondérante, en cas de partage. On admet généralement qu'il faut la majorité absolue, c'est-à-dire la moitié des voix plus une (3). Telle est la règle pour toute assemblée délibérante, et elle résulte de la nature des choses. Quand le conseil se compose de six membres, et que deux voix se prononcent pour un avis et les quatre autres pour des avis différents, on ne dira certes pas que les deux voix forment la majorité, car l'avis qui a pour lui deux voix a quatre voix contre lui. De là suit qu'il faut la moitié des voix plus une, pour que l'on puisse dire qu'il y a majorité. Parfois les lois se contentent de la majorité relative; mais comme le code n'établit pas d'exception pareille pour les délibérations du conseil de famille, il faut s'en tenir à la règle générale. La jurisprudence française est en ce sens (4).

(1) Observations du Tribunat, n° 13 (Locré, t. III, p. 405).
(2) Bruxelles, 15 mars 1806 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 175, 1°).
(3) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Minorité*, n° 228; il faut ajouter Aubry et Rau, 4e édition, p. 384, note 14.
(4) Metz, 16 février 1812 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 158) et Aix, 10 mars 1840 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 228).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Gand, qui décide que la majorité relative suffit (1). La cour invoque le silence de la loi : si, dit-elle, le législateur avait voulu la majorité absolue, il n'eût pas manqué de l'exprimer en toutes lettres, comme il a toujours soin de le faire quand il ne se contente pas de la majorité relative. Il nous semble, au contraire, que le silence de la loi témoigne contre le système de la cour. La majorité absolue est seule une vraie majorité; voilà pourquoi elle est de règle dans tout corps délibérant; tandis que la majorité relative est une fiction, comme nous venons de le démontrer. Eh bien, dans le silence de la loi, faut-il admettre qu'elle s'en est rapportée à la réalité ou à la fiction, à la règle ou à l'exception? La cour objecte que la majorité absolue s'obtient difficilement, et que les lenteurs qui en résultent peuvent compromettre les intérêts du mineur. Nous avons bien des fois répondu à des arguments de cette nature en les renvoyant au législateur. Est-ce que par hasard la majorité relative n'a pas ses inconvénients? Quand, dans une assemblée composée de sept membres, un tuteur est nommé à la majorité de deux voix, dira-t-on que ce tuteur est l'élu du conseil, alors qu'il a cinq voix contre lui? Il a contre lui la majorité absolue; il a donc contre lui le conseil qui n'a pas voulu de ce tuteur. De là des tiraillements et des conflits pendant toute la durée de la tutelle. Laissons donc là les inconvénients, il y en a dans chaque système, et décidons les questions de droit par les principes, au lieu de les décider par des considérations de fait.

462. Il y a controverse sur le sens de l'article 416, qui donne au juge de paix voix prépondérante en cas de partage. Le *partage* suppose deux opinions en présence, et obtenant chacune le même nombre de voix; il faut, en ce cas, *départager* l'assemblée. Qui le fera? Telle est la question décidée par l'article 416. La discussion le prouve. En effet, le projet portait : « En cas de *partage*, et si le conseil ne peut s'accorder sur le choix du *départageant*, il sera nommé par le juge de paix. » Tronchet proposa de

(1) Arrêt du 27 juin 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 149).

charger le juge de paix de départager, en lui accordant voix prépondérante. Le conseil est composé de six membres, y compris le juge de paix ; trois membres votent pour Pierre, trois pour Paul ; celui pour lequel le juge de paix aura voté sera tuteur. Tel est aussi le sens du mot *partage* dans l'article 118 du code de procédure (1).

L'article 416 ne prévoit pas le cas où il se forme plus de deux opinions au sein du conseil. Comment arrivera-t-on alors à la majorité absolue? Les auteurs sont très-divisés. Il y a réellement lacune, et il est difficile de la combler. Appliquera-t-on l'article 117 du code de procédure, aux termes duquel les juges plus faibles en nombre sont tenus de se réunir à l'une des deux opinions qui auront été émises par le plus grand nombre (2)? Cela nous paraît inadmissible ; il faudrait un texte pour contraindre la minorité du conseil à changer d'avis. L'article 117 est une disposition tout à fait exceptionnelle ; donc elle ne peut s'étendre par voie d'analogie. Appellera-t-on un ou plusieurs nouveaux membres (3)? Le texte du code s'y oppose, puisqu'il fixe le nombre des membres par ligne (art. 407). Se contentera-t-on de la majorité relative (4)? Le législateur aurait pu le décider ainsi, mais l'interprète ne le peut certes pas ; il ne peut qu'appliquer les principes généraux, et la majorité relative est une exception, une vraie fiction. S'adressera-t-on au tribunal (5), mais dans quel but? Est-ce que le tribunal remplacera le conseil de famille? Cela ne se peut. Est-ce que le tribunal ordonnera la convocation d'un nouveau conseil? Ce n'est pas au tribunal à convoquer le conseil, c'est au juge de paix. Pourquoi le juge de paix ne le ferait-il pas? C'est la seule voie légale de sortir de cette impasse, sauf à la minorité à attaquer la délibération devant les tribunaux (6).

(1) Duranton, t. III, p. 458, n° 466, suivi par la plupart des auteurs (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 229).
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 210 (art. 416, n° I).
(3) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, n° 466.
(4) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 211, art 416, n° II.
(5) Ducaurroy, *Commentaire*, t. Ier, p. 440, n° 614.
(6) Demolombe, t. VII, p. 194, n° 317. Aubry et Rau, t. Ier, p. 385, note 16. Arrêt d'Aix du 10 mars 1840 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 228).

463. Les délibérations du conseil de famille doivent-elles être motivées? Non, en règle générale, car le code ne l'exige pas, et on ne peut invoquer l'article 97 de la Constitution, qui veut que tout jugement soit motivé, les avis du conseil n'étant pas des jugements. Le code décide, au contraire, implicitement que les délibérations ne doivent pas faire connaître les motifs. « Toute délibération, dit l'article 447, qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur sera motivée. » C'est une exception, fondée sur le caractère particulier de cette délibération qui est un véritable jugement. Mais l'exception confirme la règle. La disposition de l'article 447 ne peut être étendue. Il a été jugé qu'elle ne recevait pas son application au cas où la mère n'était pas maintenue dans la tutelle; en effet, ce n'est pas une destitution que le conseil prononce quand il ne conserve pas la tutelle à la mère qui se remarie; dès lors on rentre dans la règle générale (1). La règle est donc que les avis ne doivent pas être motivés.

Le code de procédure a-t-il dérogé, en ce point, au code civil? Aux termes de l'article 883, « toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne sont pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent (y compris le juge de paix) sera mentionné dans le procès-verbal. » La cour de Bourges a décidé que la mention de l'avis implique la mention des motifs sur lesquels il est fondé (2). Cela n'est pas exact : on peut très-bien donner son avis sans le motiver, et quand il s'agit de questions de personnes, on conçoit que les membres du conseil n'aiment pas de motiver leur vote. Il suffira qu'ils le fassent connaître quand la délibération sera attaquée devant les tribunaux. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens (3).

464. Le code civil donne le nom de *délibération* aux décisions que prend le conseil de famille, tandis que le

(1) Arrêt de cassation du 17 novembre 1813 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 238).

(2) Bourges, 8 juin 1813 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 243).

(3) Arrêt de cassation du 17 novembre 1813 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 238). Bruxelles, 26 juillet 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 218).

code de procédure se sert du mot *avis*. Ce n'est qu une différence de dénomination; les principes qui régissent les avis et les délibérations sont identiques. Les décisions du conseil sont, en règle générale, exécutoires par elles-mêmes. C'est le droit commun pour tout corps délibérant. Il y a exception à cette règle dans les cas où la loi exige l'homologation du tribunal. L'homologation étant une exception, il en résulte qu'il faut une disposition formelle pour que les délibérations du conseil doivent être homologuées (1). Il y a lieu à homologation quand le conseil de famille autorise le tuteur à transiger, à aliéner un immeuble du mineur, à hypothéquer ou à emprunter, ou quand il statue sur l'exclusion ou la destitution de la tutelle, et que le tuteur exclu ou destitué n'adhère pas à la délibération (art. 467, 458, 448).

Le code de procédure trace la voie qu'il faut suivre pour arriver à l'homologation. C'est régulièrement le tuteur qui la poursuit, ou un membre du conseil chargé spécialement de ce soin. Si l'homologation n'est pas demandée dans le délai fixé par la délibération, ou, à défaut de fixation, dans la quinzaine, un des membres du conseil pourra poursuivre l'homologation contre le tuteur, aux frais de celui-ci et sans répétition. Les membres de l'assemblée qui croiront devoir s'opposer à l'homologation, le déclareront par acte notifié à celui qui est chargé de la poursuivre; et si, sur cette notification, ils ne sont pas appelés à contredire devant le tribunal, ils pourront former opposition au jugement d'homologation (2).

C'est le tribunal de première instance qui est appelé à homologuer les délibérations du conseil de famille, sauf appel. Le juge de paix n'a pas mission d'homologuer, et partant le tribunal ne peut pas statuer en dernier ressort (3). C'est donc toujours le tribunal qui doit homologuer. S'il refuse l'homologation, et si la cour d'appel décide qu'il y

(1) C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Magnin (Aubry et Rau, t. Ier, p. 387, note 10).

(2) Code de procédure, art. 887 et 888.

(3) Arrêt de cassation du 15 ventôse an XIII (Dalloz, au mot *Minorité*, nº 265).

a lieu d'homologuer, la cour doit renvoyer la cause devant le tribunal de première instance, pour qu'il prononce l'homologation (1).

L'homologation est une approbation. Si le tribunal trouve qu'il n'y a pas lieu d'approuver la délibération du conseil, il refusera de l'homologuer, sauf au conseil à modifier son avis. Mais ce n'est pas au tribunal à changer la délibération, en substituant son avis à celui du conseil : ce serait plutôt une annulation qu'une homologation. La cour de Dijon, appelée à homologuer une délibération d'un conseil qui autorisait le tuteur à aliéner des immeubles jusqu'à concurrence d'une somme de 260,000 francs, réduisit d'abord les dettes de 10,000 francs, puis elle ordonna la vente d'autres immeubles que ceux qui avaient été désignés par le tuteur et le conseil de famille; enfin il prescrivit un emprunt de 50,000 francs. Son arrêt fut cassé pour excès de pouvoir. Le droit d'homologuer, dit la cour de cassation, ne permet pas aux tribunaux de se substituer au conseil de famille, et d'ordonner d'office des mesures qui n'ont été ni demandées ni délibérées (2).

Quel est l'effet de l'homologation? Le tribunal qui homologue une délibération l'approuve au fond, et lui donne un caractère exécutoire, mais il ne décide pas que cette délibération est régulière, valable en la forme. Ce n'est, comme le dit la cour de cassation, qu'un acte de surveillance judiciaire prescrite par la loi pour protéger l'intérêt des mineurs et assurer la bonne administration de leurs personnes et de leurs biens. Ainsi l'homologation ne donne pas à la délibération une valeur qu'elle n'a pas par elle-même. La délibération est-elle nulle, elle reste nulle, malgré l'homologation (3). On ne peut pas même dire, avec la cour de Gand, que l'homologation fait présumer l'accomplissement des formalités prescrites par la loi (4). Il

(1) Liége, 5 avril 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 97).
(2) Arrêt de cassation du 9 février 1863 (Dalloz, 1863, 1, 85).
(3) Arrêt de rejet du 17 décembre 1849 (Dalloz. 1850, 1, 76). Comparez arrêts de Turin du 29 juillet 1809 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 560), d'Aix du 3 février 1832 (*ibid.*, n° 180), de Nîmes du 17 mai 1838 (*ibid.*, n° 213).
(4) Gand, 27 mars 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 200, et les observations de l'avocat général Donny, dans le sens de la présomption).

n'y a pas présomption sans texte. On reste donc sous l'empire des principes généraux, en ce qui concerne la nullité des délibérations et la preuve à faire par le demandeur en nullité.

§ V. *Du recours contre les délibérations.*

N° 1. QUI PEUT ATTAQUER LES DÉLIBÉRATIONS.

465. Toute délibération du conseil de famille peut être attaquée devant les tribunaux, sans distinguer si elle est ou non sujette à homologation, et quand même elle aurait été homologuée. Le code civil ne pose pas le principe dans ces termes généraux, mais cela résulte du code de procédure (art. 883 et 885), et de la nature même de l'homologation. C'est dans l'intérêt du mineur que la loi exige l'intervention du conseil de famille; mais elle a dû prévoir que des assemblées composées souvent d'hommes illettrés ou étrangers aux affaires négligeraient les formalités qui doivent protéger le mineur; elle a dû craindre que la rivalité des familles, le conflit d'intérêts et de passions qui agitent ces assemblées, ne tournent au préjudice des mineurs. Elle devait donc ouvrir un recours contre toute délibération du conseil de famille.

La voie à suivre diffère selon que la délibération est ou non sujette à être homologuée. S'il n'y a pas lieu à homologation, ceux qui veulent l'attaquer doivent se pourvoir par action principale ou incidente devant le tribunal de première instance. C'est le droit commun. Si elle est sujette à homologation, ceux qui veulent s'y opposer peuvent le déclarer par acte extrajudiciaire à celui qui est chargé de la poursuivre. Dans ce cas, ils procèdent comme nous venons de le dire (n° 462). S'ils n'ont pas signifié d'opposition, ils peuvent encore intervenir dans l'instance, mais on ne doit plus les appeler en cause; de sorte que s'ils ne sont pas intervenus, et s'ils n'ont pas été appelés, ils ne peuvent ni former opposition, ni interjeter appel; tandis qu'ils le peu-

vent s'ils ont formé opposition, car, dans ce cas, ils sont parties en cause (1).

466. Qui peut attaquer la délibération? Nous supposons qu'elle n'est pas encore exécutée, et que le but de l'opposant est précisément d'en arrêter l'exécution. C'est le cas prévu par l'article 883 du code de procédure, lequel porte : « Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le procès-verbal. Le tuteur, le subrogé tuteur, même les membres de l'assemblée pourront se pourvoir contre la délibération ; ils formeront leur demande contre les membres qui auront été d'avis de la délibération, sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation. »

L'article 883 nomme en premier lieu le tuteur ; il suppose naturellement que c'est le tuteur du mineur dont les intérêts font l'objet de la délibération. Il est arrivé qu'il y avait deux tuteurs, nommés l'un par un conseil de famille convoqué au domicile primitif de la tutelle, l'autre par un conseil de famille convoqué au domicile du dernier tuteur. Chacun de ces tuteurs a un titre apparent, et ce titre lui suffit pour attaquer la délibération qui a nommé un autre tuteur. C'est au tribunal à décider lequel des deux a été nommé légalement (2).

L'article 883 donne aux membres de l'assemblée le droit de se pourvoir contre la délibération. Il suppose que les membres opposants ont été convoqués et ont assisté à la réunion du conseil. On reconnaît le même droit à ceux qui n'auraient pas été appelés; ils peuvent se plaindre précisément de ne l'avoir pas été, et soutenir en conséquence que la composition du conseil est irrégulière et par suite que la délibération est nulle (3). S'ils ont assisté à la délibération et s'ils ont voté pour la résolution qui a été adoptée, pourront-ils néanmoins attaquer la délibération?

(1) Voyez, sur ces détails de procédure, les auteurs cités dans Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 402, note 10.

(2) Arrêt de Gand du 22 mai 1841, confirmé par arrêt de la cour de cassation du 27 juillet 1843 (*Pasicriste*, 1841, 2, 293, et 1843, 1, 103).

(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 210, n° 339.

La question est controversée, et il y a quelque doute. L'article 883 suppose que celui qui se pourvoit contre la délibération est d'un avis contraire à ceux qui ont voté la résolution, et cela paraît très-rationnel; peut-on revenir sur son propre fait, se combattre soi-même? Toutefois l'opinion contraire est plus généralement suivie (1). On écarte le texte de l'article 883, parce qu'il n'est pas conçu dans des termes restrictifs, et l'esprit de la loi commande une interprétation extensive. Il s'agit de sauvegarder les intérêts du mineur; il importe donc d'admettre le recours de tous ceux qui ont qualité pour agir en son nom : tels sont certes les membres du conseil. Il est vrai que l'on ne peut pas, en général, revenir sur son propre fait, mais cet adage suppose que celui qui change d'avis y est personnellement intéressé. Or, le membre du conseil qui attaque la délibération, le fait non dans son intérêt à lui, mais dans l'intérêt du mineur, et il doit toujours en avoir le droit. Ce droit ne peut guère être contesté quand la délibération est attaquée pour vice de forme; l'assentiment donné à une délibération nulle ne peut valider cette délibération. La jurisprudence est en ce sens (2). Nous croyons qu'il en est de même quand la délibération est attaquée au fond. On permet au tuteur de demander la nullité des actes que lui-même a faits, parce qu'il agit dans l'intérêt du mineur. Il y a identité de raison pour les membres du conseil (3).

467. Le droit d'attaquer les délibérations du conseil appartient-il encore à d'autres personnes que celles qui sont mentionnées dans l'article 883? Ce que nous venons de dire semble préjuger la question. La loi n'est restrictive ni dans son texte, ni dans son esprit. Mais ne faut-il pas du moins exiger que celui qui agit ait un intérêt? On peut dire qu'un intérêt moral suffit, que les parents n'en ont guère d'autre, le véritable intéressé étant le mineur; qu'il

(1) Aubry et Rau, t. Ier, p. 389, note 2, et les auteurs qui y sont cités.
(2) Liége, 4 janvier 1811; Lyon, 15 février 1812; Colmar, 27 août 1813 et Angers, 29 mars 1821 (Dalloz, au mot *Minorité*, nos 171, 174, 1o; 190 196, 1o).
(3) Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, t. Ier, p. 401, note 4.

faut donc ouvrir l'action à tous ceux que la loi charge de veiller aux intérêts du pupille. Tels sont les parents et alliés, alors même qu'ils n'auraient pas dû être appelés au conseil (1). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Dijon (2). La question est douteuse, à raison du principe qu'il n'y a pas d'action sans intérêt ; il est vrai que le législateur accorde parfois le droit d'agir pour un intérêt moral, mais ne faut-il pas un texte pour cela? D'après la rigueur du droit, nous croyons qu'on doit le décider ainsi.

La même question se présente pour le ministère public. Peut-il demander la nullité d'une délibération prise par un conseil de famille en matière de tutelle? Nous avons répondu d'avance à la question, en refusant au ministère public le droit de provoquer la convocation du conseil de famille, parce qu'il n'a pas le droit d'agir en cette matière par voie d'action directe et principale. Vainement invoquerait-on l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, qui lui permet de poursuivre d'office l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public; il y a une disposition spéciale, celle de l'article 883, qui ne comprend pas le ministère public (3). Par la même raison, il faut décider qu'il ne peut pas interjeter appel des jugements qui homologuent des délibérations des conseils de famille (4).

Le juge de paix pourrait-il se pourvoir contre une délibération du conseil? Il y a un motif de douter. L'article 883 donne ce droit aux membres de l'assemblée, et le juge de paix en est membre-né. Toutefois on admet le contraire. Le juge de paix doit rester en dehors de ces débats irritants, afin de conserver son rôle et son influence de modérateur. Si on lui permettait d'agir, il faudrait aussi permettre de diriger l'action contre lui : ce qui est inadmissible (5).

468. Contre qui l'action doit-elle être intentée? L'ar-

(1) Liége, 25 juillet 1817 (*Pasicrisie,* 1817, p. 472) et Colmar, 14 février 1840 (Dalloz, au mot *Minorité,* nº 252).
(2) Dijon, 13 janvier 1858 (Dalloz, 1860, 2, 179).
(3) Orléans, 23 février 1837 (Dalloz, au mot *Minorité,* nº 254).
(4) Arrêt de la cour de cassation du 27 frimaire an XIII (Dalloz, au mot *Ministère public,* nº 144, 1º).
(5) Aubry et Rau, t. Iᵉʳ, p. 389, note 4, et p. 390, note 7.

ticle 883 répond que la demande est formée contre les membres qui auront été de l'avis de la délibération. Il n'y a pas à distinguer, comme on l'a proposé, si la délibération est attaquée au fond ou pour vice de forme. Ce serait introduire dans la loi une distinction qui n'y est pas; d'ailleurs la distinction n'a pas de raison d'être; attaquer une délibération pour vice de forme, n'est-ce pas demander qu'elle ne produise aucun effet au fond (1)?

Faut-il suivre la voie tracée par l'article 883, quand le conseil de famille a prononcé la destitution du tuteur? L'article 448 du code civil veut qu'en ce cas, le tuteur qui réclame assigne le subrogé tuteur. Nous croyons que c'est le code civil qui doit recevoir son application; l'article 448 contient une disposition spéciale, et il est de principe que les lois générales ne dérogent pas aux lois spéciales. Il y a aussi une raison particulière qui justifie l'article 448; le code a voulu que les parents appelés à délibérer sur la destitution du tuteur eussent pleine liberté de voter ; et ils n'auraient plus cette liberté s'ils pouvaient craindre d'être engagés dans un procès par suite de leur vote (2).

Les auteurs s'accordent à enseigner que l'article 883 ne permet pas de diriger l'action contre le juge de paix. Il est plus que simple membre du conseil, il est magistrat; c'est à raison de sa mission de magistrat conciliateur que la loi l'a chargé de présider le conseil de famille. De là suit qu'il ne peut être mis en cause, à moins qu'il n'y ait lieu à la prise à partie (3). Il ne faudrait pas conclure de là que les délibérations du conseil de famille sont des jugements et qu'en cas de recours, le tribunal en connaît comme juge d'appel. Le conseil remplit des fonctions de juridiction gracieuse ; les tribunaux seuls ont une juridiction contentieuse. Lors donc qu'une délibération du conseil est attaquée, le tribunal en connaît comme juge de première instance (4).

(1) Zachariæ fait la distinction. Voyez, en sens contraire, les traducteurs Massé et Vergé, t. Ier, p. 403, note 13.

(2) Liége, 17 mars 1831 (Dalloz, au mot *Minorité*, nº 385). Les auteurs sont très-divisés (voyez Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 403, note 15).

(3) Arrêt de cassation du 29 juillet 1812 (Dalloz, au mot *Minorité*, nº 257, et les auteurs qui y sont cités).

(4) Rennes, 13 août 1818 (Dalloz, au mot *Minorité*, nº 260).

N° 2. DU RECOURS AU FOND.

469. L'application des principes que nous venons de poser souffre de grandes difficultés. C'est pour les simplifier que nous distinguons si le recours contre une délibération a pour objet le fond de la décision ou s'il est fondé sur un vice de forme. La distinction résulte de la nature des choses. Il est vrai que les formes ont un rapport intime avec le fond, car elles sont établies pour la garantie du mineur; si les formes ne sont pas observées, on doit présumer que les intérêts du mineur n'ont pas été sauvegardés, le mineur n'ayant pas joui de la protection que la loi a voulu lui assurer. Par contre, les formes peuvent avoir été observées, mais le conseil s'est trompé, il a pris une délibération contraire aux intérêts du mineur. Dans l'un et l'autre cas, il doit y avoir recours contre les délibérations du conseil. Mais le recours est régi par des principes différents, selon que l'on attaque le fond ou la forme. S'agit-il de formes, il faut voir quelles sont les formes qui n'ont pas été observées, quelle est leur importance. S'agit-il du fond, il n'y a plus à distinguer : l'intérêt du mineur demande que toute délibération du conseil puisse être attaquée. Tel est en effet le principe posé par l'article 883 du code de procédure.

Le texte paraît limiter le droit d'attaquer les délibérations du conseil au cas où ces délibérations ne sont pas unanimes. Dans le premier alinéa, il est dit que toutes les fois que les délibérations ne sont pas unanimes, l'avis de chacun des membres est mentionné au procès-verbal. Puis vient un second alinéa qui permet au tuteur, au subrogé tuteur et même aux membres de se pourvoir contre la délibération. Ce second alinéa est-il une dépendance du premier? c'est-à-dire n'ouvre-t-il le recours que dans le cas où les délibérations ne sont pas unanimes? Le texte laisse quelque doute. Il est certain que le second alinéa suppose qu'il n'y a pas eu unanimité, car il ajoute que la demande sera formée contre les membres qui auront été d'avis de la délibération. Toutefois nous croyons que les délibéra-

tions même unanimes peuvent être attaquées. L'intérêt du mineur le demande. Une délibération unanime peut le léser aussi bien qu'une délibération où les avis ont été partagés; il faut donc qu'un recours soit ouvert. Le texte n'est pas contraire; il suppose, à la vérité, qu'il y a partage, mais il ne fait pas de la diversité d'avis une condition du recours. On pourrait objecter que les membres du conseil ayant tous voté pour la délibération, ne peuvent plus revenir sur leur vote. Nous avons déjà répondu à l'objection (n° 466). La doctrine se prononce en faveur du recours. La jurisprudence est encore incertaine (1).

L'article 883 ne distingue pas si la délibération est sujette ou non à homologation. Quand il y a lieu à homologation, le droit d'opposition ne souffre aucun doute (n° 464). Si la délibération ne doit pas être homologuée, il y a une raison de plus d'ouvrir un recours devant les tribunaux, car le mineur n'a pas, en ce cas, la garantie d'un nouvel examen par le tribunal (2).

Il n'y a qu'une exception à la règle établie par l'article 883; elle résulte de la règle même. Le code de procédure parle d'un recours contre les délibérations du conseil; cela suppose qu'il s'agit d'une délibération véritable, c'est-à-dire d'une décision prise par le conseil. Si le conseil a été simplement consulté par le président d'un tribunal jugeant en référé, l'avis qu'il donnera n'est pas une délibération, car il n'emporte aucune exécution; le président en tiendra compte ou non; dès lors il ne peut être question d'un recours (3).

470. Y a-t-il des exceptions résultant de la nature des délibérations? La question même, nous semble-t-il, im-

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 402, note 7. Delvincourt, t. Ier, p. 279. Aubry et Rau, t. Ier, p. 390, note 8. Bruxelles, 6 mai 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 187). La cour de Toulouse (arrêt du 22 février 1854) semble décider le contraire; l'arrêt se fonde, en effet, sur ce que la délibération contre laquelle le tuteur s'était pourvu n'avait pas été prise à l'unanimité (Dalloz, 1854, 2, 240). La plupart des arrêts supposent également qu'il n'y a lieu à recours que lorsque la délibération n'est pas unanime.

(2) La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (Aubry et Rau, t. Ier, p. 390, note 9). Voyez, en sens contraire, Grenoble, 18 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 2, 55). L'arrêt n'est pas motivé.

(3) Paris, 22 mars 1824 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 248).

plique la réponse. Il n'y a d'exceptions que celles que le législateur consacre. Vainement invoque-t-on les meilleures raisons pour justifier une dérogation à la règle; ces raisons s'adressent au législateur, l'interprète n'en peut tenir aucun compte, car en dérogeant à la loi, il ferait la loi, alors que sa mission se borne à l'expliquer. Parcourons les divers cas dans lesquels on admet une exception au principe établi par l'article 883; nous verrons que les raisons sur lesquelles on les fonde ne sont rien moins que décisives; c'est dire qu'il n'appartient qu'au législateur de les prendre en considération.

Le conseil accorde ou refuse au mineur l'autorisation de contracter mariage. Y a-t-il un recours contre cette délibération? Non, dit-on, parce que, dans ce cas, le conseil de famille exerce un pouvoir domestique que le père aurait exercé s'il avait survécu; il l'exerce donc avec la même plénitude, c'est-à-dire sans recours (1). Qui ne voit la différence qui existe entre le père et le conseil de famille? Quand le père accorde ou refuse son consentement, on doit croire qu'il agit dans l'intérêt de l'enfant. Peut-on en dire autant du conseil de famille? Le législateur lui-même n'a pas autant de confiance dans le conseil que dans le père, et ne lui accorde pas la même autorité : à vingt et un ans, le fils de famille peut se marier sans l'intervention du conseil, tandis qu'il lui faut encore le consentement du père. La jurisprudence est en ce sens (2).

Le conseil admet ou rejette l'émancipation. Y a-t-il lieu à recours? On le conteste par la même raison. Ici encore nous nions qu'il y ait analogie entre le père et le conseil. La loi donne au père une puissance bien plus grande qu'au conseil de famille; le premier peut émanciper l'enfant âgé de quinze ans, le conseil le peut seulement à l'âge de dix-huit ans; le premier agit dans la plénitude de la puissance paternelle, tandis que le conseil n'a aucune puissance sur le mineur; il émancipe le mineur parce qu'il le juge capable

(1) Aubry et Rau, t. I[er], p. 390 de la quatrième édition. Demolombe, t. III, n° 86.

(2) Voyez un arrêt très-bien motivé de Bruxelles du 3 février 1827, et un arrêt de Paris du 24 avril 1837 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 250, 1° et 2°).

d'administrer sa personne et ses biens. Ce n'est pas même lui qui prononce l'émancipation, c'est le juge de paix (art. 477 et 478). C'est un avis qu'il émet ; il faut que, dans l'intérêt du mineur, cet avis puisse être combattu. Telle est aussi la jurisprudence (1).

Le conseil nomme ou destitue un tuteur. Cette délibération peut-elle être attaquée? La question est vivement controversée. Nous la décidons dans le même sens que les questions précédentes, et par les mêmes motifs. L'article 883 est général, il ne distingue pas, et il n'y a pas de raison de distinguer entre les diverses délibérations. Quel est le but de cette disposition? C'est de donner une garantie au mineur contre les délibérations du conseil de famille qui lèsent ses intérêts : conçoit-on qu'il ouvre un recours contre telles délibérations et qu'il n'en ouvre pas contre d'autres? Quoi! il permettrait de se pourvoir contre la délibération qui autorise la vente d'un petit coin de terre, et il ne permettrait pas d'attaquer la délibération qui nomme un tuteur ou qui le destitue? L'esprit de la loi est donc général aussi bien que son texte. Il y a plus : l'orateur du Tribunat a dit en termes formels que le but de la loi est de sauvegarder tous les intérêts et surtout de placer toujours ceux du mineur sous la surveillance combinée de la famille et de la justice ; et il mentionne expressément la délibération sur la nomination du tuteur (2). Pour admettre une exception à une loi, générale dans sa lettre et son esprit, ne faudrait-il pas un texte, une déclaration positive de la volonté du législateur? Pour l'opinion contraire, on n'invoque que des considérations morales. On dit que le code civil ayant attribué au conseil de famille la nomination du tuteur, il en faut conclure que cette nomination ne peut pas être contrôlée, pas plus que le choix que ferait le dernier mourant des père et mère (3). La réponse est facile

(1) Toulouse, 22 février 1854 (Dalloz, 1854, 2, 239).

(2) Discours de Mouricault, n° 5 (Locré, t. X, p. 361). Voyez, en ce sens, les arrêts d'Angers du 6 août 1819 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 59, 2°), de Nancy du 3 avril 1857 (Dalloz, 1857, 2, 175) et de Dijon du 14 mai 1862 (Dalloz, 1862, 2, 121). Comparez les auteurs cités par Dalloz, 1862, p. 121, et 1868, p. 162.

(3) Demolombe, t. VII, p. 204, n°s 335, 336. La cour de Montpellier a

et elle nous semble péremptoire. Il y a, pour toute délibération du conseil de famille, un recours ouvert à toute partie intéressée, surtout dans l'intérêt du mineur ; les délibérations sur le personnel de la tutelle sont comprises dans cette règle, par cela même que la loi ne fait pas d'exception, tandis qu'elle n'ouvre aucun recours contre les actes faits par le dernier mourant des père et mère. On dit qu'il y aurait des inconvénients à soumettre les délibérations sur le personnel de la tutelle à une discussion publique, irritante. Nous répondons avec le tribunal de la Seine, dont la cour de Paris a réformé la décision, qu'en matière de tutelle, l'intérêt du mineur domine toutes les considérations, et que s'il y avait doute, on devrait toujours interpréter la loi en sa faveur. Quel est le plus grand inconvénient, d'avoir un mauvais tuteur ou de voir sa nomination annulée? On se trompe, d'ailleurs, si l'on croit que les débats sont toujours flétrissants pour le tuteur. Dans l'espèce jugée par la cour de Nancy, on a écarté un tuteur, très-honorable, mais qui ne convenait pas à raison des circonstances. Enfin, l'on craint un conflit entre les tribunaux et le conseil de famille. Le tribunal qui réforme une délibération ne peut pas nommer le tuteur, cela est certain ; il faudra donc qu'il renvoie la nomination au conseil; qu'arrivera-t-il si celui-ci persiste dans son choix? Cette collision que l'on redoute ne s'est pas encore présentée, et s'il arrivait qu'un conseil de famille s'obstinât à nommer un tuteur que la justice repousse, le tribunal ordonnerait la convocation d'un nouveau conseil; ainsi force resterait à la loi.

Une question analogue s'est présentée pour la mère remariée et non maintenue dans la tutelle. Peut-elle se pourvoir contre la délibération qui la lui enlève? La cour d'Agen a admis le recours par un arrêt très-bien motivé. Au point de vue des principes de droit, la question est identique avec celle que nous venons de traiter. Mais ici

reproduit l'argument sous une autre forme (arrêt du 13 juin 1866, Dalloz, 1868, 2, 162.) Comparez, dans le même sens, arrêts de Paris du 6 octobre 1814 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 241) et de Grenoble du 18 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 2, 55).

les considérations morales, que l'on fait valoir dans l'opinion contraire, s'élèvent avec force en faveur du recours. Le but de toute tutelle n'est-il pas l'intérêt du mineur? et ne se peut-il pas que le conseil de famille, en cas de convol de la mère, agisse sous l'empire d'injustes ressentiments contre la mère, ou de préventions contre le nouveau mari? L'intérêt de l'enfant ne demande-t-il pas qu'on le laisse à celle qui lui a donné le jour, si elle n'a démérité en rien? Ne serait-ce pas un vrai déni de justice si une mère frappée dans ses plus chères affections, blessée dans son honneur, ne pouvait faire appel à une juridiction plus éclairée et plus désintéressée? L'intérêt du mineur se confond ici avec celui de la tutrice et demande impérieusement que le tribunal puisse redresser les erreurs du conseil de famille (1).

Une dernière question se présente; c'est la plus intéressante et la plus grave de toutes. Les délibérations du conseil de famille peuvent-elles être attaquées quand elles règlent des intérêts moraux et religieux? En droit, la question ne nous paraît pas douteuse. L'article 883 ne fait pas de distinction entre les divers intérêts du mineur; et certes s'il y avait à distinguer, il faudrait dire que les intérêts moraux et religieux ayant bien plus d'importance que les intérêts matériels, il y a une raison de plus pour soumettre les délibérations du conseil, en cette matière, au contrôle des tribunaux. Un juif se convertit à la religion chrétienne protestante. Il meurt, laissant cinq enfants mineurs. Le conseil de famille ainsi que le tuteur estiment qu'il y a lieu d'élever les enfants dans la religion où ils sont nés. Le subrogé tuteur, qui est protestant, oppose l'intention formellement exprimée par le père de faire élever ses enfants dans la religion chrétienne; il se pourvoit devant le tribunal. On lui oppose une fin de non-recevoir: il n'y a pas lieu à recours, dit-on, quand il s'agit d'intérêts moraux et religieux. Le tribunal rejette cette singulière défense; il invoque le texte de l'article 883, conçu dans les termes les plus généraux, l'esprit de la loi qui est

(1) Agen, 24 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 2, 20).

tout aussi général. Conçoit-on, disent les juges, qu'une délibération ayant pour objet un faible emprunt, une aliénation sans importance, soit soumise à la sanction des tribunaux, tandis que des délibérations touchant aux intérêts les plus élevés échapperaient au contrôle de la justice? Le tribunal ordonna une enquête; et il fut prouvé à l'évidence que la volonté sérieuse, persévérante du père avait été d'élever ses enfants dans la religion chrétienne. La volonté du père devait l'emporter sur les scrupules ou les passions de la famille. Le jugement fut confirmé par la cour de Colmar (1).

N° 3. DU RECOURS POUR VICE DE FORMES.

I. *Des formes substantielles.*

471. Y a-t-il des formes et des conditions prescrites pour que le conseil de famille existe et qu'il puisse prendre des délibérations? La question est très-grave. Si on la décide affirmativement, il en résulte cette conséquence importante, que les délibérations émanées d'un conseil qui n'aurait pas d'existence légale seraient, par cela même, frappées de nullité absolue; pour mieux dire, elles n'existeraient pas plus que le conseil. De là suivrait que le mineur et toute personne intéressée pourraient opposer la nullité, et que jamais une délibération pareille ne produirait aucun effet. En un mot, il faudrait appliquer les principes sur les actes non existants. La distinction que la doctrine admet entre les actes inexistants et les actes nuls reçoit-elle son application à la composition et aux délibérations du conseil de famille (2)? Nous croyons que la question doit être décidée affirmativement (3). Il n'y a pas de

(1) Colmar, 19 novembre 1857 (Dalloz, 1859, 2, 36). En sens contraire, Aubry et Rau, t. Ier, p. 391 et note 13.

(2) Voyez, sur cette distinction, le tome Ier de mes *Principes*, p. 106, n° 71, et les applications, aux titres des *Actes de l'état civil* (t. II, p. 35, nos 23-27), du *Mariage* (t. II, p. 341, nos 269-280), de la *Reconnaissance des enfants naturels* (plus haut, nos 58 et suiv.) et de l'*Adoption* (plus haut, nos 224 et suiv.).

(3) Aubry et Rau, 4e édition, t. Ier, p. 391 et suiv.

raison pour que la théorie des actes non existants ne s'applique pas en matière de tutelle; elle est générale de sa nature, elle doit par conséquent recevoir son application à tous les faits juridiques. La seule difficulté est de déterminer quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait un conseil et une délibération aux yeux de la loi. Il faut décider la question d'après les principes généraux, car nous n'avons pas de texte.

472. Il y a une première condition sur laquelle il ne saurait y avoir un doute. Si le juge de paix n'avait pas présidé le conseil de famille, il n'y aurait pas de conseil. Il n'y a pas de corps délibérant sans président, c'est le président qui forme le lien juridique de l'assemblée et qui en fait un corps; or, la loi donne exclusivement au juge de paix le droit de présider le conseil (n° 428); donc en son absence il n'y a pas de conseil, par suite toute délibération est impossible; et si une décision était prise, elle serait comme non avenue, plus que nulle, inexistante (1).

Il ne suffit pas que le juge de paix soit présent et qu'il préside pour qu'il y ait un conseil, il faut aussi qu'il prenne part à la délibération; s'il y restait étranger, c'est comme s'il n'y était pas; or, c'est lui qui est l'âme du conseil, c'est sur son expérience, son impartialité, son caractère conciliant que la loi se repose pour que les délibérations tournent au bien du mineur. L'abstention du juge de paix équivaudrait à son absence, et par suite il n'y aurait pas de conseil. Il a été jugé que la délibération est nulle quand le juge de paix n'y a pas pris part (2); il faut entendre qu'elle est nulle en ce sens, qu'elle est inexistante, qu'elle n'a aucun effet.

Faut-il aussi que le procès-verbal constate que le juge de paix a pris part à la délibération? Il est certain que le procès-verbal doit constater le fait, mais la loi n'exige pas plus pour le juge de paix que pour les autres membres du conseil, qu'il soit fait mention expresse et spéciale du vote; quand il y a unanimité et que la présence du juge

(1) Liége, 26 juillet 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 485).
(2) Bordeaux, 21 juillet 1808 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 226).

de paix est constante, il est prouvé par cela même qu'il a concouru à la délibération et au vote (1). De même, si le procès-verbal porte que le conseil a délibéré et voté, cette énonciation se rapporte au juge de paix aussi bien qu'aux autres membres du conseil (2).

473. Il faut six membres pour qu'il y ait un conseil de famille. S'il n'y en a pas six, il n'y a point de conseil aux yeux de la loi. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point; dès qu'il y a moins de six membres, les deux lignes seront inégalement représentées; or, il est de l'essence du conseil que les deux lignes aient un nombre égal de représentants, sinon il n'y a plus d'assemblée de famille. Il se pourrait, il est vrai, qu'il y eût quatre membres, donc deux de chaque ligne; mais si l'on se contentait de quatre membres, pourquoi deux ne suffiraient-ils pas? C'est dire que l'on doit s'en tenir au chiffre légal et qu'en dessous de ce chiffre, il n'y a pas de conseil.

Il en serait de même si le juge de paix avait convoqué six membres, mais que l'un d'eux fût frappé d'incapacité légale; c'est un mineur, un interdit ou une femme. Le membre qui ne peut pas siéger ne compte pas; il y aurait donc moins de six membres, et par suite il n'y a point de conseil (3).

De même, si le juge de paix avait formé une liste de six membres, mais que l'un d'eux n'eût pas été convoqué. Ce n'est pas la formation de la liste qui constitue le conseil, c'est la convocation; les parents non convoqués n'ont pas le droit de siéger; dès lors ils ne comptent pas : ce qui décide la question (4). Une convocation orale ou par lettre ne suffirait point; le parent ainsi convoqué peut assister, il est vrai, aux délibérations, mais il n'y est pas tenu, il ne pourrait donc pas être condamné à l'amende, et par suite il est légalement non convoqué; donc il ne compte pas.

Si le nombre des membres convoqués dépassait le chiffre

(1) Rennes, 27 novembre 1821 et Turin, 5 mai 1810 (Dalloz, au mot *Minorité*, nos 237, 1° et 198).

(2) Lyon, 30 novembre 1837 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 244) et Grenoble, 18 décembre 1845 (Dalloz, 1846, 2, 187).

(3) Aubry et Rau, t. Ier, p. 392, note 16, et les arrêts qui y sont cités.

(4) Rouen, 7 avril 1827 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 206).

de six, y aurait-il un conseil légal? Il y a doute (1). Le conseil qui comprendrait sept ou huit membres est illégalement composé, cela est certain; mais cette irrégularité vicie-t-elle le conseil dans son essence? Nous le croyons. Si une assemblée composée de quatre parents n'est pas un conseil de famille, pourquoi une réunion de huit parents formerait-elle un conseil? Dès que le chiffre de six membres est considéré comme essentiel, il faut décider qu'il n'y a pas de conseil quand ce chiffre est dépassé. On le déciderait ainsi sans hésiter pour un conseil communal. Il y a même raison de décider pour tout corps délibérant, quand le nombre de ses membres est fixé par la loi. La jurisprudence est en ce sens (2).

474. Suffit-il qu'il y ait six membres et le juge de paix pour que le conseil de famille existe? Nous avons exposé la doctrine et la jurisprudence sur le domicile de la tutelle. Quelle que soit la divergence des opinions, une chose est certaine, c'est que le conseil de famille ne peut pas être formé indifféremment partout, à n'importe quel domicile. Supposons que le tuteur le convoque à sa résidence, et à une résidence passagère, dans une commune où il ne se trouve ni parent du mineur ni ami. Serait-ce là un conseil de famille? La cour de Turin a décidé que les délibérations prises par un conseil de famille convoqué ailleurs qu'au domicile du mineur sont nulles, d'une nullité absolue, et sans que le vice puisse se couvrir par une confirmation quelconque (3). C'est dire que le conseil est inexistant. La question est douteuse. Elle a été décidée dans un sens contraire par la cour de Nancy (4). On peut dire, pour l'opinion consacrée par la cour de Turin, que le conseil de famille doit être l'organe de la famille et de ses divers intérêts; il faut donc qu'il soit formé là où il est probable que l'on trouvera des membres de la famille en nombre

(1) Aubry et Rau disent qu'il y a simplement irrégularité (t. Ier, p. 394). Fréminville se prononce pour la nullité (t. Ier, n° 85).

(2) Bourges, 2 fructidor an XIII et Amiens, 11 fructidor an XIII (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 172).

(3) Turin, 13 mai 1811 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 215).

(4) Nancy, 28 juillet 1865 (Dalloz, 1866, 5, 477). Comparez Demolombe, t. VII, p. 158, n° 250.

suffisant pour que le juge de paix puisse composer le conseil de parents ou d'alliés pris dans les deux lignes. S'il est formé dans une commune où il n'y a ni parents ni alliés, on ne peut pas appeler une pareille assemblée un conseil de famille. Le conseil de famille est une garantie pour le mineur. Où est la garantie, si le tuteur peut convoquer le conseil là où il lui plaît, là où il n'y aura personne qui prenne en main les intérêts du mineur?

Ces raisons sont puissantes. Néanmoins nous préférons l'opinion contraire. Il ne s'agit pas, qu'on le remarque bien, de déclarer valable toute réunion du conseil de famille formé à la résidence quelconque du tuteur. La question est de savoir s'il y a inexistence ou nullité. Or, précisément parce que la formation du conseil au domicile de la tutelle est une garantie pour le mineur, il faut décider, nous semble-t-il, qu'il y a seulement nullité. En effet, un conseil, bien que formé ailleurs qu'au domicile de la tutelle, peut présenter toutes les garanties possibles au mineur. Il se peut qu'au domicile de la tutelle il n'y ait pas de parents, tandis qu'au domicile du tuteur, où nous supposons que le conseil a été convoqué, il se trouve des membres de la famille. Ne serait-il pas contraire aux intérêts du mineur, en ce cas, que l'on déclarât non existant un conseil composé réellement de parents et d'alliés? Cela prouve que la question de garantie est une question de fait qui ne peut pas être décidée *à priori;* donc l'annulation sauvegardera mieux les intérêts du mineur que le ferait la doctrine de l'inexistence du conseil. Le conseil présente-t-il toutes les garanties que le pupille peut désirer, comme dans l'espèce jugée par la cour de Nancy, les tribunaux maintiendront les délibérations qu'il aura prises : il serait absurde de prononcer une nullité qui ferait tourner au préjudice des mineurs des formes destinées à les protéger. Mais si, comme cela s'est vu, le tuteur convoquait un conseil de famille, tantôt dans telle commune, tantôt dans une autre, dans le but évident de spolier le mineur, en composant le conseil de façon que le mineur n'y trouve aucun protecteur, dans ce cas, les tribunaux n'hésiteraient pas, comme l'a fait la cour de Gand, à prononcer la nullité de tout ce

que le tuteur a fait en vertu de ces délibérations irrégulières (1).

475. Nous supposons que le conseil de famille est régulièrement formé, mais les trois quarts des membres convoqués ne se présentent pas; sur six, il n'en vient que quatre. Quatre membres avec le juge de paix forment-ils un conseil? Non, dans tout corps délibérant, il faut le nombre de membres requis par la loi pour qu'il puisse délibérer. S'il délibérait alors qu'il ne serait pas en nombre, la délibération serait viciée dans son essence. Le code Napoléon s'exprime dans des termes qui ne laissent aucun doute : « La présence des trois quarts au moins des membres convoqués sera nécessaire pour que l'assemblée délibère. » Il n'y a donc pas de délibération quand les trois quarts ne sont pas présents (2).

476. Les trois quarts sont présents, mais il n'y a pas de majorité absolue. Si l'on admet qu'il faut la majorité absolue pour qu'une décision puisse être prise, l'on doit admettre comme conséquence que si cette majorité n'existe pas, il n'y a pas de décision. C'est le droit commun de tout corps délibérant. Le principe n'est pas douteux. Il n'y a que l'application qui soit douteuse, à raison du silence de la loi sur la majorité requise. Nous avons examiné la question (n° 461).

II. *Des formes non substantielles.*

477. Nous venons d'énumérer les formes que la doctrine considère comme substantielles. Quand l'une de ces formes fait défaut, on applique les principes qui régissent les actes inexistants; il n'y a pas de conseil de famille, pas de délibération, et toute personne peut toujours se prévaloir de cette inexistence. Les autres formes ne sont pas substantielles : que faut-il décider si l'une de ces formes n'a pas été observée? Le code civil ne prononce pas de nullité; il faut donc appliquer le principe géné-

(1) Gand, 5 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 310).
(2) Aubry et Rau, t. Ier, p. 392, et note 19, les auteurs et arrêts qui y sont cités.

ral que la jurisprudence ainsi que les auteurs suivent en matière de nullité, c'est-à-dire examiner s'il y a nullité virtuelle. On admet qu'il y a nullité virtuelle quand, à raison de l'importance d'une forme prescrite par la loi, la volonté tacite du législateur est que la violation de la loi soit sanctionnée par la nullité (1). Ce principe, étant général, doit être appliqué aux délibérations des conseils de famille. Il subit cependant une modification importante. En général, c'est à raison de la nature d'une disposition légale que l'interprète décide si son inobservation doit ou ne doit pas entraîner la nullité. Il n'en est pas de même des règles que le code prescrit pour la composition du conseil de famille. On ne peut pas décider *à priori* que telles de ces règles ont une importance plus grande que les autres; toutes ne sont qu'un moyen pour atteindre le but que le législateur a eu en vue. Ce but est évident, c'est l'intérêt du mineur. Or, il se peut que telle forme que l'on devrait, en théorie, considérer comme étant d'une importance majeure, n'ait pas été observée, et que néanmoins l'intérêt du mineur n'en ait pas souffert. Annulera-t-on la délibération en ce cas? Ce serait prononcer une nullité contre l'intention du législateur; or, les nullités virtuelles se fondent précisément sur cette intention, elles n'ont pas d'autre base. Il faut donc conclure que c'est l'intérêt du mineur qui décidera si la délibération doit ou ne doit pas être annulée à raison d'une irrégularité de forme, quand cette forme n'est pas substantielle, en ce sens qu'elle doit être remplie pour que le conseil existe. Le principe, ainsi formulé, est admis par la doctrine (2) et par la jurisprudence. La cour de cassation a décidé « que les règles tracées par les articles 407 et 409 ne sont pas prescrites à peine de nullité; qu'il appartient aux tribunaux de rechercher et d'apprécier les circonstances qui ont pu être la cause de la déviation de ces règles dans la composition du conseil de famille; que, s'ils reconnaissent que la famille, soit du côté paternel, soit du côté maternel, a été réellement

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 80, n° 45.
(2) Toullier, t. II, n° 1119. Demolombe, t. VII, n° 332. Aubry et Rau, t. Ier, p. 392, note 21. Marcadé, t. II, p. 207, art. 410, n° IV.

représentée, et que la personne qu'il y avait lieu de pourvoir d'un tuteur ait trouvé dans ce conseil la garantie que la loi avait voulu lui assurer, ils doivent maintenir sa composition et la délibération qu'il a prise (1). » Ajoutons avec la cour de Liége « que les prescriptions de la loi, en ce qui concerne la composition des conseils de famille, sont toutes dans l'intérêt des mineurs, et que ce serait aller directement contre leur intérêt que de prononcer la nullité alors que l'on n'allègue ni dol, ni fraude, ni lésion dont le mineur aurait été la victime (2). »

478. La jurisprudence admet une exception au principe qu'elle suit en matière de nullité des délibérations prises par un conseil de famille irrégulièrement composé. S'il y a eu fraude ou dol, c'est-à-dire si un tuteur ou un membre du conseil a écarté du conseil des parents qui auraient dû y être appelés, cette fraude vicie la composition du conseil, sans qu'il soit besoin de prouver que les intérêts du mineur ont été lésés. A vrai dire, l'exception n'est que l'application du principe. Le principe veut qu'il y ait nullité dès que l'intérêt du mineur est lésé; en général, la lésion ne résulte pas de la seule inobservation de la loi; mais si c'est par dol que la loi n'a pas été observée, il y a par cela même lésion, car le dol implique que le mineur n'a pas joui des garanties que la loi a voulu lui assurer (3). Le préjudice résulte du dol même. Ainsi il a été jugé que la délibération d'un conseil de famille est nulle quand le mari d'une sœur germaine n'y a pas été appelé, et qu'il n'y a pas été appelé parce qu'on prévoyait que son avis serait contraire à la délibération que l'on se proposait de prendre (4). Il est arrivé que ceux qui demandaient la convocation d'un conseil de famille laissèrent ignorer au juge de paix qu'il y a sur les lieux des parents, afin de les écarter

(1) Arrêt de rejet du 1er avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 291). Nous ne citons que les arrêts les plus récents, et ceux qui ont posé le principe en termes formels. Voyez Lyon, 14 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 33); Rouen, 9 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 106); Douai, 4 juillet 1855 (Dalloz, 1857, 2, 47).

(2) Liége, 9 mars 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 131). Comparez Bruxelles, 9 juillet 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 257).

(3) Demolombe, t. VII, p. 202, n° 330.

(4) Lyon, 13 mars 1845 (Dalloz, 1846, 2, 186) et 14 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 33).

de l'assemblée, en les remplaçant par des amis; la cour d'Orléans annula la délibération. Elle dit très-bien que la fraude vicie tous les actes juridiques où elle intervient, qu'elle est donc par elle seule une cause de nullité (1). La fraude, dit la cour de Montpellier, fait toujours exception. Un conseil de famille nomma tuteur le cousin issu de germain du mineur; on avait eu soin de ne pas l'appeler à l'assemblée, composée de parents plus proches, lesquels s'étaient entendus pour se décharger de la tutelle. La délibération fut annulée, et l'arrêt maintenu sur le pourvoi en cassation (2).

479. L'application du principe n'est pas sans difficulté, parce qu'il est parfois difficile de distinguer la forme substantielle qui entraîne l'inexistence de l'acte et les formes qui entraînent la nullité. Nous avons enseigné que le conseil doit être formé au domicile de la tutelle, qui, d'après notre opinion, est celui du mineur. Si l'on admet que le conseil doit toujours être réuni au domicile où la tutelle s'est ouverte par le prédécès de l'un des père et mère, que décidera-t-on si le conseil est réuni ailleurs? Nous venons d'examiner la question (nº 474). Elle est douteuse; les incertitudes de la jurisprudence doivent être imputées au législateur, les principes mêmes étant incertains; et l'on conçoit que les tribunaux décident en fait plutôt qu'en droit, alors que le droit est douteux.

480. La formation de la liste est régulière; tous les parents qui s'y trouvent sont convoqués, mais le délai des distances prescrit par l'article 411 n'a pas été observé. Y aura-t-il nullité de droit? La cour de Caen a jugé en ce sens (3). Au premier abord, cette décision paraît être en contradiction ouverte avec le principe admis par la jurisprudence. Il y a toutefois un motif de douter. Nous avons

(1) Orléans, 14 novembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 72). Le principe que le dol vicie les délibérations du conseil est formulé dans un grand nombre d'arrêts; nous croyons inutile de les citer, puisque le principe n'est pas douteux. La jurisprudence des cours de Belgique est conforme : Liége, 12 août 1837 (*Pasicrisie,* 1837, 2, 216) et Bruxelles, 12 août 1848 (*Pasicrisie,* 1848, 2, 356).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 1er février 1825 (Dalloz, au mot *Minorité,* nº 177).

(3) Caen, 30 août 1847 (Dalloz, 1848, 2, 179).

enseigné que si l'un des membres n'était pas convoqué, le nombre n'étant plus de six, il n'y aurait pas de conseil (n° 473). Ne doit-on pas dire qu'un membre convoqué irrégulièrement n'est réellement pas convoqué? C'est peut-être cette considération qui a déterminé la cour de Caen. Mais n'est-ce pas pousser la rigueur trop loin? N'y a-t-il pas, dans l'espèce, une question de fait à examiner? Le membre convoqué irrégulièrement a-t-il reçu la citation, dès lors il est convoqué, et il peut se présenter à l'assemblée; or, dès que les six membres convoqués ont le droit de siéger, peut-on dire qu'il n'y a pas de conseil? N'est-ce pas plutôt une de ces irrégularités qui n'entraînent la nullité que si l'intérêt du mineur a été lésé? C'est notre avis. Il en serait autrement si la convocation était faite à l'amiable, car ce n'est pas là une convocation, et par suite il n'y a pas de conseil, si les membres non convoqués ne se présentent pas.

Autre est la question de savoir si la délibération serait nulle dans le cas où les membres convoqués par lettres missives et sans observation du délai se réunissent néanmoins; la convocation a eu lieu le matin et la réunion à midi. En droit, la question n'est pas douteuse. Dès que les parents qui doivent composer le conseil s'assemblent, la délibération est valable, peu importe comment ils ont été convoqués, et peu importe qu'ils se soient réunis sans délai aucun. Ainsi jugé par la cour de cassation (1). En fait, la délibération du conseil était scandaleuse; il avait consenti à un mariage dont la jeune fille ne voulait à aucun prix, et dont elle demanda vainement la nullité. Cela prouve combien l'intervention des tribunaux est nécessaire.

481. La loi veut que le juge de paix, en choisissant les parents qui formeront le conseil, suive l'ordre de proximité de degré. S'il écarte de proches parents pour prendre des parents plus éloignés, y aura-t-il nullité de droit? Il est certain qu'il ne s'agit pas ici d'une condition requise pour l'existence même du conseil. La proximité de degré est une garantie pour le mineur, mais cette garantie ne repose que sur une probabilité : c'est une présomption d'affec-

(1) Arrêt de rejet du 22 juillet 1807 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 556).

tion et par suite une raison de préférence. Mais si la présomption est en opposition avec la réalité des choses, faudra-t-il néanmoins que le juge de paix prenne les parents les plus proches quoiqu'ils soient les moins dignes? Ce serait tourner la garantie contre le mineur, et appliquer à son préjudice une règle qui a été établie en sa faveur. Il se peut aussi que le juge de paix ne connaisse pas les plus proches parents; il prend ceux qu'il connaît; la composition est irrégulière. Y aura-t-il nullité? Si les intérêts du mineur n'ont pas été lésés, il n'y a aucune raison pour annuler la délibération (1). Les tribunaux ont donc, en ce cas, un pouvoir discrétionnaire comme dans toutes les questions de fait : la cour de cassation maintient les arrêts qui décident que la délibération, bien qu'émanée d'un conseil irrégulièrement formé, n'a causé aucun préjudice au mineur (2). Il y a des arrêts qui maintiennent ou qui annulent les délibérations prises par des conseils irréguliers (3). Ce sont des décisions qui se justifient sans doute par les circonstances de la cause, mais qui n'ont aucune valeur doctrinale. On ne peut pas en induire qu'il n'y a jamais nullité, ni qu'il y a toujours nullité, ce serait dépasser la pensée des cours; en tous cas, une pareille doctrine serait inadmissible.

482. Il y a un vice plus grave, c'est quand les membres du conseil n'appartiennent pas par moitié à chacune des deux lignes : le juge de paix prend quatre parents de la ligne paternelle et deux de la ligne maternelle. La cour de Liége a jugé que le conseil ainsi composé était vicié dans son essence, partant nul, et que toutes ses délibérations étaient également nulles (4). Est-ce à dire qu'il y ait nullité de droit?

(1) Bruxelles, 15 mars 1806; Turin, 10 avril 1811; Riom, 25 novembre 1828 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 175, 1° et 2°). Ces arrêts maintiennent la délibération, sans même invoquer l'intérêt du mineur. Comparez arrêts de Liége du 6 mai 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 264), du 13 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 216) et du 19 janvier 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 332).

(2) Arrêt du 30 avril 1834 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 209, 4° Rennes, 2 février 1835 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 175, 3°); Paris, 13 octobre 1836 Dalloz, *ibid.*, n° 175, 6°); Rouen, 30 mars 1844 (Dalloz, *ibid.*, n° 322, 2°).

(3) Lyon, 15 février 1812 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 174) et Rouen, 7 avril 1827 (Dalloz, *ibid.*, n° 206).

4) Liége, 4 janvier 1811 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 171).

Les termes de l'arrêt impliquent qu'il y a nullité par cela seul que la disposition de l'article 407 a été violée. Il nous semble que c'est méconnaître le principe de la nullité virtuelle. La loi ne prononçant pas la nullité, il faut voir quelle est la pensée du législateur. Il a voulu garantir l'intérêt du mineur, il a craint que si les deux branches de la famille n'étaient pas également représentées, cet intérêt ne fût compromis. Mais peut-on dire que l'intérêt du mineur soit nécessairement lésé quand il y a quatre parents paternels et deux parents maternels? Non, certes; car il se peut qu'il n'y ait aucune opposition d'intérêts entre les deux branches, que les parents soient unanimes, ou que du moins la délibération ne cause aucun préjudice au mineur : pourquoi, en ce cas, annulerait-on la délibération?

483. L'article 408 veut que les frères germains et les maris des sœurs soient tous appelés au conseil. Un conseil de famille fut composé de six frères germains; on omit d'y appeler le mari d'une sœur germaine. La cour de Lyon déclara le conseil illégalement composé, et elle annula la délibération; mais l'arrêt ajoute que c'est à dessein que l'on n'avait pas convoqué le mari de la sœur germaine, parce qu'on avait lieu de croire que son avis serait contraire à la délibération que les frères germains allaient prendre (1). Il y avait donc une espèce de fraude, ce qui suffisait pour vicier la délibération. L'irrégularité seule n'aurait pas été une cause de nullité, à moins qu'il ne fût constaté que l'intérêt du mineur avait été lésé. Il faut appliquer ici *a fortiori* ce que nous venons de dire de la violation de l'article 407, car l'irrégularité résultant de la violation de l'article 408 est bien moins grave.

484. Un allié a été appelé au conseil, de préférence à un parent du même degré, tandis que la loi veut que le parent soit préféré à l'allié (art. 407). La cour de Bruxelles a décidé que cette condition est substantielle pour l'existence des conseils de famille, et que son inobservation les

(1) Lyon, 13 mars 1845 (Dalloz, 1846, 2, 186). Comparez arrêt de Gand du 15 mars 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 86).

rend nuls et de nul effet; l'arrêt ne dit pas que l'intérêt du mineur ait été lésé par cette irrégularité; à s'en tenir aux termes de la décision, elle implique qu'il y a nullité de droit; plus que cela, inexistence du conseil (1). Cela est inadmissible. L'allié a qualité pour siéger au conseil; il peut même convenir mieux que le parent du même degré. Vainement la cour dit-elle que le procès-verbal ne donne aucune raison pour laquelle l'allié avait été choisi au lieu du parent; aucun texte n'oblige le juge de paix à motiver les choix qu'il fait. Supposons même qu'il n'ait eu aucune raison, il y aurait irrégularité, mais toute irrégularité constitue-t-elle une nullité? Non, et bien moins encore entraîne-t-elle l'inexistence du conseil. Il n'y aurait nullité que si l'irrégularité lésait l'intérêt du mineur, ou si elle était l'effet d'un dol.

485. L'irrégularité est plus grave quand des amis ont été appelés au conseil, alors qu'il y avait des parents sur les lieux. Il y a des cours qui ont considéré cette irrégularité comme substantielle et d'ordre public, et à première vue on serait tenté de le croire. Peut-on dire qu'il y ait un conseil de famille, alors que les membres de la famille n'y siégent pas (2)? Mais cette considération n'est pas décisive. Pourquoi la loi appelle-t-elle les parents au conseil? Parce qu'elle suppose qu'ils sont affectionnés pour le mineur et qu'ils soigneront ses intérêts mieux que ne le feraient des étrangers. Mais qui oserait dire que cette présomption soit toujours l'expression de la vérité? Un ami dévoué ne doit-il pas être préféré à un parent indifférent? La loi elle-même permet au juge de paix de prendre des amis sur les lieux, bien qu'il y ait des parents au delà de la distance de deux myriamètres (art. 409). Cela est décisif, nous semble-t-il, contre l'opinion qui considère la présence des parents comme une règle d'ordre public. C'est plutôt par des considérations de fait que la question doit se décider. Donc nous rentrons dans le principe général qui domine cette matière, l'intérêt du mineur. La jurisprudence se pro-

(1) Bruxelles, 24 novembre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 76).
(2) Paris, 26 pluviôse an XI et Angers, 29 mars 1821 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 196, 1°).

nonce en ce sens (1). Elle invoque encore d'autres raisons de fait qu'il nous semble difficile d'admettre. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que la mère tutrice n'a pas le droit d'attaquer comme irrégulière la composition d'un conseil de famille dont elle-même a indiqué les membres au juge de paix. Dans un autre arrêt, on lit que la composition, bien qu'irrégulière, ne peut être critiquée, le juge de paix ignorant l'existence des parents qu'il n'a pas appelés (2). Ces considérations valideraient-elles une délibération prise par un conseil irrégulièrement composé, s'il était prouvé que ces irrégularités ont lésé les intérêts du mineur? Non, certes, et la cour de cassation elle-même ne dit pas cela; donc la bonne foi du juge de paix et le consentement de celui qui provoque la convocation du conseil de famille ne peuvent pas influer sur la question de validité ou de nullité du conseil; il faut les laisser de côté pour s'attacher exclusivement à l'intérêt du mineur.

486. L'appel des amis a donné lieu à une difficulté très-sérieuse. D'après l'article 409, les amis ne peuvent faire partie du conseil que sous deux conditions établies par la loi : il faut d'abord qu'ils aient eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du défunt : il faut ensuite qu'ils soient pris dans la commune où s'ouvre la tutelle. Est-ce là une disposition substantielle, en ce sens qu'en dehors de l'une de ces conditions il n'y a plus d'amis comme il n'y aurait pas d'électeurs s'ils ne réunissaient les conditions d'éligibilité? La cour de cassation l'a jugé ainsi. Un arrêt de Paris avait déclaré la composition du conseil valable, quoique irrégulière, en se fondant sur ce qu'il n'y avait eu ni dol ni connivence dans l'omission des parents. La cour suprême cassa cette décision; tout en reconnaissant que les règles sur la composition du conseil de famille n'avaient pas pour sanction nécessaire et absolue la peine de nullité, elle décida que le pouvoir des tribunaux ne

(1) Aix, 19 mars 1835 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 78) et 7 mars 1846 (Dalloz, 1846, 2, 171).

(2) Arrêts de rejet du 3 mars 1856 et du 1er avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 291, 290). Comparez arrêts de Gand du 22 mai 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 293), de Bruxelles du 27 janvier 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 103) et du 6 juillet 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 269).

saurait aller jusqu'à conférer à des étrangers, en dehors des conditions d'aptitude légalement déterminées, une mission que la loi attribue aux membres de la famille (1).

Cette décision nous paraît d'une rigueur excessive. Nous n'hésitons pas à dire qu'elle viole l'esprit de la loi. Sans doute, le premier venu n'est pas un ami, mais un ami cesse-t-il d'être un ami quand il demeure hors de la distance légale de deux myriamètres? Quoi! il y a une personne qui habite la campagne, c'était l'ami de cœur du père défunt; personne ne s'intéresse plus aux orphelins que lui; et on défendra au juge de paix de l'appeler au conseil! Pour le coup, Pascal aurait raison de se moquer de nos lois et de notre justice : ami en deçà de deux myriamètres, indifférent au delà! La résidence dans la commune où s'ouvre la tutelle est exigée moins dans l'intérêt du mineur que dans celui des personnes non parentes ni alliées que le juge de paix voudrait appeler au conseil, c'est une espèce d'excuse que la loi leur donne, il est impossible que ce soit une incapacité dont la loi les frappe. Les cours d'appel se sont prononcées en ce sens (2).

La question est plus délicate pour l'autre condition exigée par la loi. On suppose que les personnes que le juge de paix appelle à titre d'amis n'aient pas eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. Leur présence viciera-t-elle la composition du conseil? Si l'on répond oui avec la cour de cassation, il faut aller jusqu'à dire que le vice est substantiel, en ce sens que ces prétendus amis n'ayant pas l'aptitude légale pour siéger, sont incapables, et ne comptent par conséquent pas pour faire nombre, d'où suivrait que le conseil de famille n'aurait pas d'existence légale. Nous croyons que cette interprétation est inadmissible. La question de savoir qui est ami est évidemment une question de fait, dont l'application appartient au juge de paix; il suffit donc qu'il ait désigné des étrangers à titre d'amis pour qu'ils soient capables de siéger; sauf à voir si la présence de ces étrangers a causé un

(1) Arrêt de cassation du 19 août 1850 (Dalloz, 1850, 1, 281).
(2) Bruxelles, 29 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 282); Lyon, 14 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 33); Douai, 4 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 2, 47).

préjudice au mineur. Ceci est encore une question de fait. Nous supposons que le père défunt n'ait pas eu d'amis; et si l'on veut s'en tenir à la réalité des choses, notre supposition sera le plus souvent la vérité. Que fera le juge de paix s'il n'y a pas de parents? Dans le système de la cour de cassation, la composition du conseil de famille deviendrait impossible. Il faut donc permettre au juge de paix de choisir des personnes qui ne sont pas précisément des amis. En définitive, nous restons sous l'empire du principe général : pas de nullité, à moins que l'intérêt du mineur ne le demande (1). La cour de cassation elle-même a reculé devant l'application rigoureuse du principe qu'elle a posé dans son arrêt de 1850. Une personne fut appelée au conseil à titre d'ami, et on reconnut ensuite qu'elle n'avait pas eu de relations d'amitié avec le père du défunt. La cour de Nîmes valida la délibération, en se fondant sur ce qu'il y avait eu simple erreur, sans dol ni fraude. C'est précisément ce motif que la cour de cassation avait repoussé en 1850. Elle l'admit en 1858 (2). Eh! qu'importe la bonne foi? qu'importe encore que ce prétendu ami ait été désigné par la mère tutrice? S'il n'a pas l'aptitude légale, est-ce que la désignation de la mère peut la lui donner? est-ce que le consentement des particuliers peut modifier des lois d'ordre public?

N° 4. DU DROIT DES TIERS D'ATTAQUER LES DÉLIBÉRATIONS DU CONSEIL.

487. Les tiers ont-ils le droit d'attaquer les délibérations du conseil de famille? Il y a beaucoup d'incertitude sur cette question dans la doctrine et dans la jurisprudence. Nous croyons qu'il faut distinguer, si la délibération est attaquée au fond ou à raison d'un vice de forme. S'agit-il du fond de la délibération, on reste sous l'empire du droit commun. Le conseil de famille ne peut certes pas léser les droits des tiers; et s'il les lésait, les tiers auraient la faculté de maintenir leurs droits en attaquant la délibé-

(1) Arrêt précité de Douai du 4 juillet 1855.
(2) Arrêt de rejet du 19 juillet 1858 (Dalloz, 1859, 1, 13).

ration qui y a porté atteinte. Il ne peut pas y avoir de doute sur le principe ; reste à savoir qui sont ces tiers dont le conseil peut léser les droits. Il n'y a que les tuteurs qui soient dans le cas d'être lésés par une délibération du conseil de famille. Le code civil prévoit la difficulté, et la décide naturellement en faveur du tuteur. Le tuteur nommé par le conseil de famille propose des excuses qui ne sont pas admises; il peut réclamer contre la décision du conseil (art. 440). Il est destitué ou exclu sans cause légitime : il pourra se pourvoir contre la délibération qui le lèse dans son honneur (art. 448). Le conseil admet les excuses du tuteur qu'il a nommé et en élit un autre; celui-ci peut réclamer et soutenir que le tuteur excusé n'était pas excusable, et que par suite la première nomination doit être maintenue. Sur ce point, il n'y a pas de texte formel, mais les principes suffisent pour décider la question en faveur du tuteur; il a intérêt à réclamer, il a donc action, et il a un droit à faire valoir, car il ne peut être appelé à la tutelle que si la première nomination tombe ; or, cette nomination doit être maintenue si le tuteur nommé n'était pas excusable (1).

Il en est de même dans tous les cas où le tuteur en exercice prétend qu'une délibération du conseil de famille lèse ses droits. La loi détermine les attributions du tuteur, et elle définit l'intervention du conseil de famille. Si le conseil dépasse les limites de sa compétence en empiétant sur les pouvoirs du tuteur, celui-ci peut certainement réclamer. Il le peut même dans les cas où il est obligé de s'adresser au conseil, si le conseil prend une délibération qui lèse ses intérêts. Le tuteur demande au conseil la faculté de s'aider d'un administrateur salarié ; si le conseil refuse, le tuteur pourra réclamer (2).

488. Les tiers peuvent-ils aussi attaquer les délibérations du conseil de famille pour vice de formes? Il faut distinguer si le vice de forme est substantiel, en ce sens qu'il affecte l'existence même du conseil, ou si le vice pro-

(1) Aubry et Rau, t. Ier, p. 422, note 6.
(2) Aubry et Rau, t. Ier, p. 394 de la 4e édition.

duit une simple irrégularité qui, d'après les circonstances, peut donner lieu à la nullité de la délibération. Quand il manque à la délibération une condition requise pour l'existence même du conseil, il faut décider, par application des principes qui régissent les actes inexistants (1), que toute personne intéressée peut opposer la non-existence du conseil et par suite de la délibération qu'il a prise. En théorie, cela ne fait pas de doute, dès que l'on admet la doctrine des actes non existants. Mais l'application reste douteuse, parce que la loi ne détermine pas les conditions requises pour l'existence du conseil et de ses délibérations. Il a été jugé que la formation du conseil au domicile de la tutelle est une condition substantielle sans laquelle il n'y a point de conseil. Dans cette opinion, il faut décider aussi que les tiers peuvent se prévaloir de cette non-existence. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi (2). Un tiers est poursuivi par le tuteur en payement d'une dette. Le défendeur soutient que le demandeur n'est pas tuteur et n'a aucune qualité d'exiger le payement de ce qui est dû au mineur. Il est certain qu'il pourrait opposer cette exception s'il était poursuivi par un premier venu, qui prendrait, sans droit aucun, la qualité de tuteur. Or, dans la doctrine des actes inexistants, le tuteur nommé par un conseil qui n'aurait pas d'existence légale serait un premier venu. Nous devons ajouter que la cour de Bruxelles ne se fonde pas sur la doctrine des actes inexistants; elle reconnaît, en toute hypothèse, aux tiers le droit d'opposer la nullité des délibérations prises par le conseil. Ainsi entendue, l'opinion consacrée par la cour est inadmissible, comme nous allons le dire à l'instant. Si l'on admet que le conseil de famille, quoique formé ailleurs qu'au domicile de la tutelle, a une existence légale et qu'il peut prendre des délibérations, il faut décider que les tiers ne peuvent pas opposer l'irrégularité qui en résulte (3).

489. En effet, s'il s'agit d'une simple irrégularité, la

(1) Voyez, plus haut, n° 471, p. 590.
(2) Arrêt du 8 mai 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 116).
(3) La cour de Riom l'a jugé ainsi dans un cas où le juge de paix était incompétent. (Arrêt du 10 juillet 1846, Dalloz, 1846, 2, 180).

délibération n'est pas nulle de droit, à raison du vice de forme; il y a seulement nullité virtuelle. Or, cette nullité se fonde sur l'intérêt du mineur. De quel droit les tiers se prévaudraient-ils d'une nullité qui n'a pas été établie en leur faveur? Ils sont sans qualité et même sans intérêt. La cour de Bruxelles a admis un débiteur poursuivi par le tuteur à opposer la composition irrégulière du conseil de famille qui l'avait nommé (1). Si la loi veut que les parents les plus proches soient appelés au conseil, c'est uniquement dans l'intérêt du mineur; les tiers débiteurs ont-ils intérêt à agir au nom du mineur? Non; ils n'ont pas davantage intérêt à agir en leur nom propre; car ils peuvent payer valablement entre les mains du tuteur, tant que sa nomination n'est pas annulée. L'opinion admise par la cour de Bruxelles conduit à tourner contre le mineur une garantie que la loi n'a établie que dans son intérêt; ses débiteurs, au lieu de payer ce qu'ils lui doivent, attaqueront la nomination du tuteur, et si elle est annulée, il faudra procéder à une nouvelle nomination; de là des lenteurs, des frais, des inconvénients, le tout au préjudice du mineur, et cela en vertu d'une disposition qui a voulu sauvegarder ses intérêts. Cela est inadmissible.

Il n'y a qu'un seul cas dans lequel les tiers auraient droit et intérêt à opposer l'irrégularité d'une délibération viciée dans la forme. Le tuteur intente une action immobilière en vertu d'une autorisation irrégulière. Le défendeur peut opposer cette irrégularité. En effet, s'il ne l'opposait pas et s'il obtenait gain de cause, le mineur pourrait demander la nullité du jugement en se fondant sur ce que le tuteur n'avait pas été autorisé valablement à agir. Le défendeur a intérêt à se mettre à l'abri de cette action en nullité; dès lors il doit avoir le droit d'opposer l'exception de nullité; le tribunal décidera si l'autorisation est valable. Cette exception résulte de la position même des parties; l'intérêt du mineur s'identifie dans ce cas avec celui du tiers; car le mineur aussi bien que le tiers est intéressé à

(1) Bruxelles, 20 mars 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 369). En sens contraire, Aubry et Rau, t. I[er], p. 394 et note 30.

prévenir de nouveaux procès. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (1).

N° 5. DES ACTES FAITS EN VERTU DE DÉLIBÉRATIONS IRRÉGULIÈRES.

490. Le tuteur renonce à une succession en vertu d'une délibération du conseil de famille; il aliène un immeuble du mineur en vertu d'une autorisation homologuée par le tribunal. On demande si le mineur peut attaquer ces actes. Il faut distinguer : si toutes les formes ont été observées, l'acte fait par le tuteur est inattaquable; le mineur ne pourrait l'attaquer qu'au fond, en soutenant qu'il est lésé; or, il est de principe que le mineur ne peut agir en rescision pour cause de lésion contre les actes que le tuteur a faits dans la limite de son pouvoir, et en remplissant les formalités prescrites par la loi. Nous poserons ce principe plus loin et nous y reviendrons au titre des *Obligations*.

Si les formalités légales n'ont pas été observées, y a-t-il lieu à l'action en nullité pour vice de formes? Quand c'est une forme substantielle, il n'y a pas de doute. C'est l'application du droit commun. La délibération est, dans ce cas, considérée comme non avenue, et toute personne intéressée peut se prévaloir de la non-existence du conseil, et par suite de tout ce qui a été fait. Mais la question est douteuse quand il s'agit d'une simple irrégularité. Nous croyons que, dans le silence de la loi, il faut décider la question en faveur du mineur. C'est pour sauvegarder ses intérêts que la loi prescrit des règles pour la composition du conseil et pour ses délibérations. Ces formes ont-elles été observées, le mineur ne peut pas attaquer l'acte fait par le tuteur, parce qu'il a joui de la protection que la loi veut lui donner. Par contre, si ces formes n'ont pas été observées, il n'a pas joui de la protection légale; il faut donc qu'il ait le droit de se plaindre et d'attaquer les actes faits en vertu de délibérations irrégulières. A quoi lui servirait

(1) Aubry et Rau, t. Ier, p. 395 et note 31. Bruxelles, 26 juillet 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 218, et Dalloz, au mot *Minorité*, n° 253).

la protection dont la loi l'entoure, si les actes, quoique faits en vertu de délibérations irrégulières, étaient inattaquables? Il est vrai que la loi ouvre un recours contre ces délibérations; mais s'il n'y a pas eu de recours, le mineur sera-t-il victime de l'incurie de ceux qui auraient dû attaquer la délibération et qui ne l'ont pas fait? Ce serait le rendre victime de son incapacité; car lui, en tout cas, ne pouvait pas agir pendant sa minorité. Puisqu'il n'a pas pu attaquer la délibération, il faut qu'il ait la faculté d'attaquer les actes faits en vertu de cette délibération. Bien entendu qu'il ne suffira pas d'une simple irrégularité pour que le tribunal doive prononcer la nullité. Le juge appréciera si l'irrégularité a causé un préjudice au mineur.

On objecte l'intérêt des tiers et l'intérêt même du mineur. Les délibérations des conseils de famille ne sont pas publiques, il est donc impossible aux tiers de savoir si la délibération en vertu de laquelle le tuteur agit est régulière ou non. Dans cette incertitude, oseront-ils traiter avec le tuteur, s'ils peuvent craindre une action en nullité? Et qui en souffrira sinon le mineur (1)? Ces considérations sont très-graves, et nous croyons que le législateur en devrait tenir compte. Mais la question est de savoir s'il l'a fait. Or, il n'a pas même prévu la difficulté. Nous sommes donc sans loi. Il y a une délibération irrégulière, nulle; tout ce qui se fait en vertu d'une délibération nulle est infecté de la même nullité. Les tiers opposeront-ils l'exception de bonne foi? Ils ne le peuvent dans le silence de la loi; en effet, cette exception anéantirait un droit que le mineur tient de la loi; le législateur seul peut accorder des exceptions qui détruisent les droits qu'il a consacrés. Cela nous paraît décisif.

La jurisprudence se prononce en faveur du mineur plutôt que contre lui. Une transaction avait été faite dans les formes prescrites par la loi, mais la délibération du conseil de famille était irrégulière. La cour d'Aix annula la délibération et la transaction faite en vertu de l'autorisation du

(1) Aubry et Rau, t. Ier, p. 396 et note 38. Duranton, t. III, p. 471, n° 479.

conseil homologuée par le tribunal (1). Un arrêt de la cour de cassation décide qu'il faut appliquer le principe général qui domine en cette matière, c'est-à-dire « que la loi laisse à la sagesse et à la prudence des tribunaux le soin d'apprécier les circonstances particulières qui peuvent excuser des irrégularités exemptes de tout soupçon de dol ou de connivence (2). » La cour de Toulouse annula la renonciation à une succession faite en vertu d'une délibération à laquelle la mère du mineur n'avait pas été appelée; elle considéra le mineur comme lésé par cela seul qu'il n'avait pas eu l'appui de celle qui plus que tout autre aurait dû être appelée à veiller à ses intérêts (3). Dans une autre espèce, la cour de Douai maintint une vente faite en vertu d'une délibération irrégulière, non pas qu'elle déniât le droit d'agir en nullité, mais en constatant en fait que tout s'était passé de bonne foi et dans l'intérêt évident du mineur (4).

491. Nous avons toujours supposé, dans ce que nous venons de dire, que c'est le mineur qui agit en nullité. On demande s'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 883, d'après lequel « le tuteur, le subrogé tuteur, même les membres de l'assemblée peuvent se pourvoir contre la délibération. » Les termes que nous venons de transcrire répondent à la question. Ils supposent que l'on se pourvoit contre la délibération; tandis que l'action en nullité est dirigée contre l'acte fait en vertu de la délibération. Dans le premier cas, on veut empêcher que la délibération ne produise aucun effet; dans le second cas, la délibération n'ayant pas été attaquée, a produit l'effet qu'elle devait produire; il n'y a donc plus lieu de se pourvoir contre la délibération. Partant l'article 883 n'est pas applicable. On conçoit que le législateur ait donné au tuteur, au subrogé tuteur

(1) Aix, 3 février 1832 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 180). Aubry et Rau citent à tort cet arrêt comme déclarant la délibération non existante; il s'agissait d'une simple irrégularité de forme. Voyez, dans le même sens, un arrêt de Liége du 28 juin 1845, confirmé par un arrêt de rejet du 3 décembre 1846 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 230).
(2) Arrêt de rejet du 3 avril 1858 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 176, 6°).
(3) Toulouse, 5 juin 1829 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 498).
(4) Douai, 1er août 1838 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 551, 1°).

et aux membres du conseil le droit de se pourvoir contre la délibération tant qu'elle n'est pas exécutée; parce qu'il importe, dans l'intérêt du mineur, d'empêcher l'exécution d'une délibération qui lèse ses intérêts ou qui a été prise irrégulièrement et qui, à raison de cette irrégularité même, nuit au mineur. Mais quand la délibération n'est pas attaquée, quand elle est exécutée, le tuteur et les membres du conseil sont hors de cause, par cela même qu'ils n'ont pas exercé le droit de recours que la loi leur accorde. Il n'y a que le mineur qui ait encore droit et intérêt à agir; lui n'avait pas qualité pour se pourvoir contre la délibération; et le silence de ses parents ne peut pas lui enlever le droit d'attaquer un acte fait en vertu d'une délibération irrégulière (1).

492. Les tiers qui ont contracté avec le tuteur en vertu d'une délibération irrégulière peuvent-ils demander la nullité de l'acte? D'après les principes généraux, il faut répondre négativement. Il s'agit d'une action en nullité fondée sur un vice de forme dans la délibération du conseil de famille, en vertu de laquelle le tuteur a agi. Qui peut intenter l'action en nullité? Quand la nullité est d'ordre public, toute partie intéressée peut s'en prévaloir; quand elle n'est pas d'ordre public, celle des parties dans l'intérêt de laquelle elle est établie peut seule l'invoquer (2). S'agit-il ici d'une nullité d'ordre public? Nous avons enseigné que la tutelle est d'ordre public; mais cela ne prouve pas que l'action en nullité qui appartient au mineur soit d'ordre public; si on l'accorde au mineur, c'est uniquement parce que, étant incapable, il n'a pas joui de la protection que la loi veut lui assurer; c'est donc comme incapable qu'il agit; or, les nullités fondées sur l'incapacité sont des nullités relatives (art. 1125). Cela décide la question contre les tiers.

493. Le mineur seul peut donc agir en nullité. Contre qui doit-il diriger son action? L'article 883 porte que le recours contre les délibérations du conseil est formé contre

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zachariæ, t. Ier, p. 397, note 40.

(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 107, n° 72.

les membres qui auront été de l'avis de la délibération. Cet article n'est pas applicable à l'action en nullité. Il est vrai qu'elle tend indirectement à annuler la délibération irrégulière qui a été prise par le conseil de famille; mais ce n'est pas là le but direct de l'action, c'est plutôt le moyen. L'action en nullité a pour objet direct et principal de demander l'annulation d'un acte juridique qui a été fait entre le tuteur et un tiers; elle est donc dirigée contre les tiers qui ont intérêt au maintien de l'acte. Par suite, c'est contre les tiers intéressés que l'action doit être intentée.

SECTION V. — Des causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution.

§ Ier. *Des excuses.*

494. La théorie des excuses vient du droit romain. On considérait la tutelle comme une charge publique, en ce sens que ceux à qui elle était imposée étaient obligés de la remplir. Non pas que la charge intéressât directement la république, ni qu'elle donnât au tuteur une part quelconque dans l'autorité, mais parce qu'il est de l'intérêt général que les mineurs ne soient pas sans défenseurs. C'est une juste sollicitude de la société pour ceux de ses membres qui sont incapables de gouverner leur personne et d'administrer leurs biens. Toutefois il y a un intérêt qui domine celui-là. C'est, en définitive, pour gérer des affaires privées que les tuteurs sont tenus d'obéir à l'appel de la loi. Mais s'ils sont fonctionnaires publics, le service de l'Etat va avant celui des mineurs. Si donc ils ne peuvent remplir convenablement l'une et l'autre charge, la loi leur permet de s'excuser de la tutelle. Le droit romain admettait encore des excuses fondées sur des motifs personnels au tuteur. Indirectement ces excuses profitent au mineur lui-même. Le législateur a pensé que si l'on forçait ceux qui ont une excuse légitime à gérer la tutelle, les tuteurs

rempliraient mal des fonctions qu'ils exerceraient malgré eux (1).

Le mot même d'excuse en fait connaître le caractère. C'est une faculté que la loi accorde au tuteur de se dispenser de la tutelle. A première vue, on croirait que l'excuse devrait avoir pour conséquence une incompatibilité ou une incapacité. L'intérêt public ne doit-il pas nécessairement l'emporter sur l'intérêt privé? pourquoi donc le fonctionnaire public peut-il être tuteur, s'il le veut? C'est que l'on ne peut pas décider *a priori* que l'intérêt général s'oppose à ce que tel fonctionnaire gère une tutelle; il est possible qu'en fait il n'y ait pas d'incompatibilité. Il fallait donc abandonner la décision à l'appréciation du tuteur. De même si le tuteur a une juste cause de se dispenser de la tutelle, l'excuse ne doit pas nécessairement aboutir à une incapacité : il se peut que le tuteur veuille gérer, malgré le juste motif qu'il aurait de s'excuser. Cela prouve chez lui un grand zèle et un rare dévouement; or, ce sont précisément là les qualités que le législateur désire chez le tuteur.

De ce que l'excuse est abandonnée à la conscience du tuteur, il ne faut pas conclure que le tuteur qui a une excuse légale puisse refuser la tutelle. L'excuse n'est pas le droit de refus. Il n'y a qu'un seul tuteur à qui la loi donne le droit de refuser la tutelle, c'est la mère survivante; nous en avons dit la raison (n° 376). L'excuse est un motif légitime qui dispense de la tutelle; mais qui décidera s'il est légitime? On ne pouvait pas s'en rapporter au tuteur, puisqu'il est partie en cause, et l'expérience apprend que trop souvent ceux à qui incombe la charge de la tutelle cherchent à s'en débarrasser. Dès lors l'excuse ne pouvait pas donner le droit de refus. C'est le conseil de famille qui admet ou rejette l'excuse, sauf le recours devant le tribunal.

495. Il résulte encore de la notion de l'excuse que, de sa nature, elle est générale, c'est-à-dire que tout tuteur peut s'en prévaloir, même le survivant des père et mère.

(1) Ces notions sont si élémentaires qu'il est inutile de citer des témoignages ; nous renvoyons à Duranton, t. III, p. 474, n° 480.

Lorsque l'excuse est fondée sur un service public, la chose est évidente : comme l'a dit Bérenger au conseil d'Etat, l'intérêt public doit l'emporter sur l'intérêt particulier du mineur (1). Cela ne fait aucun doute, bien qu'il y ait des auteurs qui critiquent la loi (2). En fait, l'excuse du père peut être peu honorable pour celui qui la propose ; en droit, elle devait être admise, la raison donnée par Bérenger est décisive. Quant aux excuses qui sont d'intérêt privé, telles que l'âge, elles intéressent indirectement le mineur, et la loi a dû avoir assez bonne opinion du père pour croire qu'il ne proposera pas une excuse, alors qu'il peut gérer la tutelle. Au point de vue des textes et des principes, la question n'est pas douteuse. Les excuses sont établies en termes généraux ; il faudrait donc un texte pour qu'il y eût exception pour la tutelle légitime : le silence de la loi tranche la difficulté en faveur du tuteur. C'est l'opinion généralement suivie (3).

N° 1. DES EXCUSES FONDÉES SUR UN SERVICE PUBLIC.

496. L'article 427 porte : « Sont dispensés de la tutelle : les personnes désignées dans les titres III, V, VI, VIII, IX, X et XI de l'acte des constitutions du 18 mai 1804. » De tous ces services publics, il n'y en a que deux que l'on puisse appliquer à notre régime constitutionnel : les membres de la famille royale sont excusés ainsi que les membres du Corps législatif. Les ministres, qui étaient compris dans la première édition officielle du code civil, sont omis dans la dernière de 1807 ; il nous paraît donc impossible de les maintenir parmi les dignitaires qui jouissent d'une excuse légale : peut-il y avoir une excuse légale sans loi (4)?

L'article 427 dispense encore de la tutelle les juges à la cour de cassation, le procureur général en la même cour et ses substituts. Il faut avouer que ces excuses sont une

(1) Séance du 29 vendémiaire an XI, n° 13 (Locré, t. III, p. 392).
(2) Demolombe, t. VII, p. 246, n° 409 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 326).
(3) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 330.
(4) En sens contraire, Aubry et Rau, t. Ier, p. 423, note 2.

marque d'honneur plutôt qu'une nécessité publique. La loi place sur la même ligne les commissaires de la comptabilité nationale; aux termes de la loi du 16 septembre 1807, la cour des comptes jouit des mêmes prérogatives que la cour de cassation.

Sont encore dispensés de la tutelle les préfets (en Belgique, les gouverneurs) et tous citoyens exerçant une fonction publique dans un département (en Belgique, dans une province) autre que celui où la tutelle s'établit. Les notaires étant fonctionnaires publics, et tenus à résider là où ils remplissent leurs fonctions, il nous paraît certain qu'ils peuvent invoquer les termes généraux de la loi que nous venons de transcrire (1). Un avis du conseil d'Etat du 20 novembre 1806 décide que la dispense est applicable aux ecclésiastiques qui desservent des cures ou des succursales, ainsi qu'à toutes personnes exerçant pour les cultes des fonctions qui exigent résidence, dans lesquelles ils sont agréés par l'empereur et pour lesquelles ils prêtent serment. En Belgique, cette dispense n'existe plus. D'après notre Constitution, l'Etat n'a le droit d'intervenir ni dans la nomination, ni dans l'installation des ministres d'un culte quelconque; dans cet ordre de choses, les ministres du culte ne sont plus des fonctionnaires publics, on ne peut donc leur appliquer ni l'article 427 du code Napoléon, ni l'avis du conseil d'Etat de 1806; ils ne sont plus que des individus, comme l'a dit M. Nothomb, lors de la discussion de la Constitution (art. 16) (2).

497. Sont également dispensés de la tutelle, dit l'article 428, les militaires en activité de service. Le droit romain les déclarait incapables de gérer la tutelle. Maleville dit que notre règle ne vaut pas celle-là : comment un militaire, communément hors de son pays, souvent même hors de France, pourrait-il remplir l'office de tuteur (3)? Quand Maleville écrivait, la France ressemblait à un camp, la

(1) Demolombe, t. VII, p. 245, n° 408. En sens contraire, Favard de Langlade, *Répertoire du Notariat*, au mot *Tutelle*.

(2) Comparez un arrêt de la cour de cassation de Belgique du 4 mars 1847 (*Bulletin* de 1847, p. 488).

(3) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. Ier, p. 435.

guerre était permanente, comme du temps de Rome. Depuis lors, la guerre a fait place à la paix (1), et lorsque la paix règne, il n'y a pas de raison pour faire une différence entre les fonctions militaires et les fonctions civiles, sauf qu'en fait, il y aura plus souvent lieu à dispenser les militaires, à raison de leur changement fréquent de garnison.

Ce même article 428 dispense encore de la tutelle les citoyens qui remplissent une mission hors du territoire de l'empire. C'est la plus légitime de toutes les excuses. Comment un agent diplomatique résidant aux Etats-Unis pourrait-il gérer une tutelle qui s'ouvre en France? L'excuse ne s'applique pas seulement aux ambassadeurs; la loi, conçue dans les termes les plus généraux, comprend même les missions secrètes. Aussi l'article 429 ajoute-t-il : « Si la mission est non authentique, et contestée, la dispense ne sera prononcée qu'après la représentation, faite par le réclamant, du certificat du ministre dans le département duquel se placera la mission articulée comme excuse. »

498. Les articles 430 et 431 contiennent des dispositions générales applicables à tous ceux qui remplissent une fonction publique. S'ils ont accepté la tutelle postérieurement aux services ou missions qui en dispensent, ils ne sont plus admis à s'en faire décharger pour cette cause. L'excuse est une faculté dont le tuteur peut user ou ne pas user; c'est au moment où il est appelé à la tutelle qu'il doit la proposer; s'il y renonce, il est naturel qu'il ne puisse plus la faire valoir, car celui qui renonce à un droit l'abdique par cela même. Si les fonctions ont été conférées postérieurement à l'acceptation ou gestion d'une tutelle, les tuteurs peuvent demander leur décharge ; ils doivent, en ce cas, faire convoquer, dans le mois, un conseil de famille pour y être procédé à leur remplacement.

Le service public peut être temporaire; s'il cesse, le tuteur qui s'est fait excuser sera-t-il tuteur de plein droit? D'après l'article 431, le nouveau tuteur peut réclamer sa décharge, ou l'ancien tuteur excusé peut redemander la

(1) Ecrit en 1869!

tutelle; il n'y a donc jamais lieu à un changement de plein droit; la loi dit que le conseil de famille pourra rendre la tutelle à l'ancien tuteur. C'est toujours le conseil de famille qui décide dans l'intérêt du mineur. En général, les changements de tuteur sont nuisibles aux mineurs, parce qu'il faut de l'unité et de la suite dans la gestion de la tutelle et surtout dans l'éducation. La loi même les évite, elle décharge plus difficilement le tuteur qui gère qu'elle ne dispense celui qui n'a pas encore géré; c'est au conseil de famille à peser les avantages et les inconvénients. L'article 431 serait aussi applicable au cas où le tuteur excusé n'a pas encore géré; il est juste que l'excuse provisoire cessant, il ne profite plus d'une dispense qui n'a plus de raison d'être, et il est juste aussi que le nouveau tuteur puisse demander son remplacement. Le conseil de famille décidera.

N° 2. EXCUSES D'INTÉRÊT PRIVÉ.

I

499. L'article 432 porte : « Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle. » Cette excuse établie pour la tutelle dative s'applique aussi à la tutelle testamentaire (art. 401). Les étrangers seuls peuvent s'en prévaloir. Un parent ou un allié, nommé tuteur, ne pourrait pas s'excuser en prétendant qu'il demeure hors de la distance de quatre myriamètres, et qu'il y a dans cette distance des parents ou alliés capables. De même, un allié ne serait pas dispensé d'accepter la tutelle, parce qu'il se trouverait des parents capables sur les lieux. La loi laisse et a dû laisser une certaine latitude au conseil de famille pour le choix du tuteur; c'est à lui de voir qui est le plus digne; s'il élit un tuteur demeurant loin de la commune où la tutelle s'est ouverte, on doit croire que le bien du mineur l'exige. Tous les parents et alliés sont

donc éligibles au même titre. Les étrangers aussi le sont, mais on conçoit que la tutelle étant avant tout une charge de famille, ils puissent s'excuser, s'il y a des parents sur les lieux. S'il n'y a pas, dans la distance légale, un parent ou un allié capable de gérer la tutelle, l'étranger devra accepter (1).

500. L'application de ce principe donne lieu à quelques difficultés. On demande d'abord ce qu'il faut entendre par ces mots de l'article 432 : *en état de gérer la tutelle.* M. Demolombe dit qu'ils signifient : « qui ne se trouvent pas dans les cas d'incapacité ou d'exclusion prévus par la loi. » Une autre interprétation, dit-il, livrerait l'étranger à l'arbitraire de la famille (2). Nous répondons que les mots, *en état de gérer la tutelle,* n'ont pas le sens que M. Demolombe leur donne; ils se rapportent à la capacité de fait et non à la capacité légale. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Il est très-rare qu'il y ait des causes d'incapacité ou d'exclusion, tandis qu'il arrive souvent qu'un parent n'est pas apte à gérer la tutelle. Forcera-t-on le conseil à nommer un tuteur incapable? Que devient alors la garantie de la tutelle? On craint l'arbitraire. Dans notre opinion, il n'y en a pas : nous avons admis qu'il y a recours contre la délibération du conseil qui nomme un tuteur. La seule possibilité d'un recours sera un frein pour le conseil.

501. Le conseil nomme un parent à un degré éloigné, tandis qu'il se trouve sur les lieux des parents plus proches en état de gérer la tutelle. Est-ce que le tuteur pourra s'excuser? Nous avons répondu d'avance à la question, en exposant le principe établi par l'article 432. Si nous y insistons, c'est qu'un auteur recommandable enseigne que, dans l'esprit de la loi, on doit décider que le tuteur peut, en ce cas, s'excuser. Duranton dit que c'est à celui qui est appelé de préférence à succéder, à supporter le fardeau de la tutelle; il avoue que cette opinion est contraire à la lettre de la loi. Cela suffit pour la faire rejeter. Il ne peut pas y

(1) Observations du Tribunat, n° 21 (Locré, t. III, p. 406).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon,* t. VII, p. 251, n° 417.

avoir d'excuse légale sans loi, et la loi ne dit pas que c'est le parent le plus proche qui doit être nommé. Il y a des arrêts pour et contre (1).

Il y aurait exception si les parents qui forment le conseil s'étaient entendus, par un concert frauduleux, pour rejeter le fardeau de la tutelle sur un parent éloigné, alors que les parents les plus proches, capables de gérer la tutelle, siégeaient au conseil. La loi ne parle pas de cette exception, mais elle n'avait pas besoin de la formuler, la fraude faisant exception par elle-même. Ainsi jugé par la cour de cassation (2). C'est décider implicitement que, hors le cas de fraude, il n'y a pas d'excuse légale pour le tuteur.

S'il n'y a pas d'excuse légale, y aura-t-il du moins une excuse de fait fondée sur l'équité? Cette question rentre dans une difficulté plus générale, que nous examinerons plus loin.

II

502. « Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur (art. 433). » La loi se sert ici du mot *refuser*. En effet, l'excuse n'est pas susceptible d'une appréciation; il n'y a qu'un fait matériel à constater. L'article 433 ajoute : « Celui qui aura été nommé avant cet âge pourra, à soixante et dix ans, se faire décharger de la tutelle. » Pourquoi la décharge n'est-elle pas admise à soixante-cinq ans, bien que l'excuse soit admise à cet âge? C'est que la loi veut éviter les changements de tutelle, toujours préjudiciables pour le mineur. Les excuses sont, il est vrai, établies en faveur du tuteur. Mais le législateur a considéré qu'il est plus facile de continuer une gestion à soixante-cinq ans que de la commencer à cet âge. Si elle permet au tuteur de se décharger de la tutelle à soixante et dix ans, c'est que peu de personnes ont

(1) Duranton, t. III, p. 481, nº 488. Comparez, en ce sens, arrêt de Lyon du 16 mai 1811 (Dalloz, au mot *Minorité*, nº 340, 1º). En sens contraire, arrêt de Poitiers du 23 février 1825 (Dalloz, *ibid.*, nº 340).
(2) Arrêt du 1er février 1825 (Dalloz, au mot *Minorité*, nº 177).

à un âge aussi avancé les forces nécessaires pour porter un fardeau qui est même lourd pour les hommes jeunes.

On demande si les soixante et dix ans doivent être accomplis. Nous posons la question parce que tous les auteurs la discutent; mais ne suffit-il pas de lire le texte pour la résoudre? *A soixante et dix ans*, dit l'article 433. Est-ce que celui qui a soixante-neuf ans peut dire qu'il est *à soixante et dix ans?* Nous ne voyons aucune utilité à soulever de pareilles questions, ni aucune nécessité de les traiter longuement (1).

503. Le tuteur a soixante-cinq ans au moment où il est nommé. Il ne s'excuse pas et gère la tutelle; pourra-t-il s'en décharger à soixante et dix ans? Il y a une difficulté de texte. L'article 433 dit que celui qui aura été nommé *avant l'âge de soixante-cinq ans* peut, à soixante et dix ans, se faire décharger de la tutelle. N'est-ce pas dire que si le tuteur est nommé *après* soixante-cinq ans, il ne pourra pas demander sa décharge à soixante et dix ans? En gérant la tutelle, ne renonce-t-il pas à l'excuse d'âge? Nous ne le croyons pas. La loi donne deux droits à raison de l'âge. Celui qui a soixante-cinq ans peut refuser la tutelle. Voilà l'excuse proprement dite. Celui qui a soixante et dix ans peut se décharger de la tutelle : c'est le droit de démission. Renoncer à l'excuse, ce n'est pas renoncer à la faculté de se démettre. Le bon sens le dit. Le tuteur peut, à soixante-cinq ans, se trouver assez fort pour accepter la tutelle; mais peut-il savoir d'avance s'il aura encore la même force cinq ans plus tard? Reste la difficulté de texte. Les mots : « Celui qui aura été nommé avant cet âge » n'expriment pas une condition; car il n'y a pas une ombre de raison pour en faire une condition. Le législateur venait de dire que celui est âgé de soixante-cinq ans peut refuser d'être tuteur. Il suppose naturellement que le tuteur nommé à soixante-cinq ans fera valoir son excuse; voilà pourquoi il ne prévoit pas l'hypothèse de son acceptation après cet âge; il devait donc se borner à décider à quel âge le tuteur, nommé avant soixante-cinq ans, peut

(1) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 328.

donner sa démission. Le texte statue sur ce qui arrive ordinairement; il est explicatif et non restrictif (1).

III

504. « Tout individu atteint d'une infirmité grave et dûment justifiée est dispensé de la tutelle. » L'excuse est fondée sur l'intérêt du mineur autant que sur l'intérêt du tuteur. Toute maladie n'est pas une excuse, il faut que le mal soit permanent; c'est ce que la loi indique en se servant du mot *infirmité;* elle ajoute que l'infirmité doit être *grave*. C'est au conseil de famille et, s'il y a lieu, au tribunal à décider si l'infirmité est grave. Comme c'est une question de fait, il est inutile de citer des arrêts, les circonstances variant d'une espèce à l'autre (2).

L'article 434 ajoute que le tuteur peut se faire décharger de la tutelle, si l'infirmité est survenue depuis sa nomination. C'est l'application du droit commun en matière d'excuse. Etablies dans l'intérêt du tuteur, il y peut renoncer, et s'il a renoncé, il ne peut plus revenir sur sa renonciation. Lors donc qu'un tuteur infirme accepte la tutelle, il ne peut pas se faire décharger à raison de cette même infirmité. Toutefois si l'infirmité s'aggravait, le tuteur pourrait demander sa décharge; l'aggravation du mal devrait être considérée comme une infirmité nouvelle (3).

IV

505. « Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une troisième (art. 435). » Qu'entend-on par *tutelles?* Déjà en droit romain on décidait que ce n'était pas le nombre de pupilles qu'il fallait considérer, mais les patrimoines à gérer (4). Dans notre droit, cela ne peut pas faire de doute. Quand il y a cinq

(1) Les auteurs sont divisés. Voyez Dalloz, au mot *Minorité,* n° 329, et Aubry et Rau, t. Ier, p. 424, note 14.
(2) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Minorité,* n° 131, 1° et 2°.
(3) Valette sur Proudhon, t. II, p. 337, note *a,* suivi par tous les auteurs.
(4) L. 31, § 4, D., *de excus.* (XXVII, 1).

enfants mineurs, le conseil de famille ne fait pas cinq nominations, il n'en fait qu'une seule; il n'y a donc qu'une seule tutelle; aussi, en parlant de la tutelle du père survivant, le code dit-il : la tutelle *des enfants* (art. 435 et 436). Sans doute, plus il y a d'enfants, plus la tutelle sera difficile à gérer, abstraction faite du patrimoine; mais le législateur n'a pas tenu compte de cette considération. Il ne faut pas non plus distinguer, comme le font les auteurs, si le patrimoine des mineurs est indivis ou non, si les enfants ont, outre les biens héréditaires, un patrimoine distinct et considérable (1). C'est introduire dans la loi des distinctions qui ne s'y trouvent pas. Nous sommes sur le terrain des excuses légales, il faut donc s'en tenir au principe : pas d'excuse sans texte.

La subrogée tutelle est-elle une tutelle, au point de vue de l'excuse établie par l'article 435 au profit de celui qui gère deux tutelles? En principe, il faut décider la question négativement. L'excuse est fondée sur les soins que le tuteur doit donner à la gestion du patrimoine et à l'éducation des enfants. Or, le subrogé tuteur ne gère pas la tutelle. Cela paraît décisif; il y a cependant un motif de douter. L'article 426 déclare applicables aux subrogés tuteurs les dispositions de la section VI concernant les excuses. On en conclut que celui qui est chargé de deux tutelles est dispensé d'accepter une subrogée tutelle; d'où suit, dit-on, que celui qui est à la fois tuteur et subrogé tuteur doit avoir le droit de s'excuser d'une seconde tutelle (2). Cela même est douteux. L'article 426 dit que le subrogé tuteur peut faire valoir les excuses que la loi établit dans l'intérêt du tuteur; l'assimilation serait donc celle-ci : c'est que deux subrogées tutelles dispenseraient d'une troisième. Si l'on pouvait raisonner par analogie en matière d'excuses légales, il faudrait certes dire qu'à plus forte raison, celui qui gère deux tutelles peut refuser une subrogée tutelle. Mais peut-on raisonner *a fortiori* pour établir une excuse? Cela conduirait à faire la loi. Mieux vaut s'en tenir strictement au texte.

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 337, note *b*; Aubry et Rau, t. I[er], p. 425.
(2) Aubry et Rau, t. I[er], p. 426 et note 20.

506. « Celui qui, époux ou père, sera déjà chargé d'une tutelle, ne pourra être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants (art. 435). » La loi assimile la qualité de père ou d'époux à une tutelle. On demande si celui qui a deux tutelles à gérer doit encore accepter celle de ses enfants? L'affirmative nous semble résulter de l'esprit de la loi. Celui qui est père et tuteur doit néanmoins gérer la tutelle de ses enfants. Pourquoi? Parce que, comme tuteur, il ne fait que continuer la gestion dont il était chargé comme père. Or, si étant père et chargé de deux tutelles, celle de ses enfants vient à s'ouvrir, sa position n'est réellement pas changée; il continue comme tuteur ce qu'il faisait comme père. Puisqu'il n'a pas de charge nouvelle, il n'y a pas de raison pour lui donner une excuse (1).

V

507. « Ceux qui ont cinq enfants légitimes sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfants (art. 436). » L'article 437 ajoute que la survenance d'enfants pendant la tutelle ne pourra autoriser à l'abdiquer. On demande si les enfants conçus doivent être comptés pour excuser le père. Il y a quelque doute. Le droit romain ne les comptait pas; mais la jurisprudence française s'était écartée de cette rigueur (2). On peut donc invoquer la tradition pour le père; on peut dire encore que l'intérêt de l'enfant est indirectement en jeu; que par conséquent il y a lieu d'appliquer l'adage d'après lequel l'enfant conçu est censé né dès qu'il s'agit de ses intérêts. Toutefois les auteurs se prononcent contre l'excuse et, nous croyons, avec raison (3). Le texte implique que les enfants sont nés : « ceux qui *ont* cinq enfants. » On ne peut pas dire que

(1) Les auteurs sont divisés. (Voyez Dalloz, au mot *Minorité*, n° 335, et Aubry et Rau, t. Ier, p. 425, note 18).

(2) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. Ier, p. 445. Bourjon, *Le droit commun de la France*, tit. VI, n° 188 (t. Ier, p. 56).

(3) Voyez les auteurs cités dans Aubry et Rau, t. Ier, p. 426, note 22. Il faut ajouter Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 257, n° 183 *bis* I.

celui dont la femme est enceinte *a* un enfant; il en *aura* un, si l'enfant vient à naître viable; mais la *survenance* de l'enfant n'excuse pas. Quant à l'adage, il est inapplicable; les excuses ne sont pas établies dans l'intérêt des enfants, sans cela le législateur en aurait dû faire une cause d'incapacité; elles sont établies dans l'intérêt du tuteur : cela decide la question.

Les enfants morts ne comptent qu'autant qu'ils ont eux-mêmes laissé des enfants actuellement existants. Il y a exception quand les enfants meurent en activité de service dans les armées de l'empereur, dit l'article 436. Le code n'exige pas, comme le faisait Justinien, que les enfants soient morts sur le champ de bataille : c'est le service qui les fait compter, alors même qu'ils meurent d'une maladie ordinaire.

N° 3. DES EXCUSES EXTRALÉGALES.

508. Le conseil de famille peut-il admettre d'autres excuses que celles qui sont établies par la loi? Cette question est controversée et il y a quelque doute. Il nous semble qu'elle doit être décidée négativement. L'excuse, dans le sens légal, est un motif qui dispense de la tutelle, c'est-à-dire que le conseil de famille et les tribunaux doivent admettre, s'il est justifié. Y a-t-il, outre les excuses légales, des excuses de fait? Ce seraient des excuses d'une tout autre nature. Il est certain qu'elles ne lieraient ni le conseil ni les juges; ils auraient un pouvoir discrétionnaire, soit pour les accepter, soit pour les rejeter; tandis que le conseil de famille et le tribunal sont liés par les excuses légales. Il y a lieu à recours en cassation quand une excuse légale n'est pas admise; il n'y aurait pas lieu à cassation si le tribunal rejetait une excuse extralégale. Ces excuses de fait seraient donc des excuses d'une nature toute particulière. L'interprète peut-il créer une théorie qui n'a aucune base dans le texte? Nous ne le croyons pas. Le législateur aurait peut-être dû étendre le pouvoir du conseil de famille; mais nous n'avons pas à examiner

ce qu'il aurait dû faire; l'interprète est lié par les textes et par les principes qui en découlent. Et quel est le principe dominant en matière d'excuse? La règle est que le tuteur doit accepter la tutelle; l'exception, qu'il peut s'en dispenser. Admettre d'autres excuses que celles que la loi établit, c'est donc créer des exceptions que la loi ignore. L'interprète n'a pas ce droit.

La cour de Gand a jugé en sens contraire dans l'espèce suivante (1). Un conseil de famille avait nommé tuteur un cousin issu de germain, alors qu'il y avait sur les lieux des parents plus proches, oncles et grands-oncles, tous en état de gérer la tutelle. Le tuteur réclama. Ses excuses furent rejetées par le conseil et par le tribunal de Termonde, par les raisons que nous venons d'indiquer. On lit dans l'arrêt de la cour d'appel que cette décision, si elle n'est pas contraire au texte de la loi, en blesse évidemment l'esprit. La cour avoue qu'il n'y avait pas, dans l'espèce, d'excuse légale; mais elle prétend que les excuses légales ne sont pas les seules que le tuteur puisse proposer; elle invoque le pouvoir discrétionnaire des conseils de famille et des tribunaux. Mais sur quoi le fonde-t-elle? L'arrêt cite les articles 439 et 440, qui règlent la procédure en matière d'excuses; mais n'est-il pas de toute évidence que ces dispositions, placées à la suite des articles qui énumèrent les excuses légales, se rapportent à ces excuses? La cour n'avait qu'à lire l'article 441 pour s'en convaincre; cet article permet de condamner aux frais ceux qui ont rejeté l'excuse proposée par le tuteur : conçoit-on que les membres du conseil soient condamnés aux frais pour avoir rejeté une excuse qui n'est pas écrite dans la loi? Cela prouve que dans les articles 439-441, il n'est question que d'excuses légales. En définitive, il n'y a pas de base juridique pour la théorie des excuses extralégales. La cour de Gand invoque encore l'intérêt du mineur. Nous répondons que la loi a pris soin d'organiser la tutelle de manière que cet intérêt soit pleinement sauvegardé. C'est au

(1) Arrêt du 4 juin 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 147). Voyez, dans ce sens, Delvincourt, t. 1er, p. 114, note 3; Valette sur Proudhon, t. II, p. 340; Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 259, no 186 *bis* II.

conseil de famille à faire le choix qui lui paraît le meilleur. Il y a, dans notre opinion, recours devant les tribunaux contre la délibération du conseil. Là s'arrêtent les garanties légales ; on ne peut pas en créer d'autres (1).

509. Ne faut-il pas faire exception à ces principes quand le tuteur est incapable? La question se présente dans deux hypothèses. On demande d'abord si le tuteur peut alléguer son incapacité pour se dispenser d'accepter la tutelle. Et s'il l'a acceptée, peut-il donner sa démission? Le code ne fait pas de l'incapacité une cause d'excuse ; mais aux termes de l'article 444, sont exclus de la tutelle, et même destituables s'ils sont en exercice, ceux dont la gestion attesterait l'incapacité. Ainsi l'incapacité n'est prise en considération par le législateur que quand elle est attestée par une mauvaise gestion. Il ne suffit donc pas d'être illettré et de se dire incapable de gérer une tutelle, pour être dispensé de l'accepter. L'incapacité n'est pas une cause d'excuse légale, et, dans notre opinion, il n'y en a pas d'autre.

La question est plus difficile quand le tuteur en exercice donne sa démission, en la fondant sur l'incapacité constatée par sa gestion. Il pourrait être destitué. S'il y a une cause de destitution, à plus forte raison doit-on permettre au tuteur de prévenir une destitution par une démission volontaire : il se destitue en quelque sorte lui-même. La jurisprudence est en ce sens (2). Il y a cependant un motif de douter. Le code civil n'admet pas le tuteur à se démettre de ses fonctions, sauf dans les cas où il y a une cause d'excuse que le législateur juge suffisante pour le décharger de la tutelle. Or, l'incapacité n'est pas une cause d'excuse légale. Elle est une cause de destitution. Ce qui implique que le conseil de famille ne serait pas tenu d'accepter la démission du tuteur et qu'il pourrait procéder à la destitution Que l'on ne dise pas que ce serait là une

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 264, n° 447.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 17 février 1835 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 363) et arrêt de Rouen du 30 mars 1844 (Dalloz, *ibid.*, n° 322, 2°). Voyez, dans le même sens, Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 347; Demolombe, t. VII, p. 266, n° 447.

rigueur excessive et un scandale inutile. La destitution a des effets que l'on ne peut pas attacher à la démission. Si le tuteur est destitué, il ne peut plus être membre d'un conseil de famille, tandis que le tuteur démissionnaire pourrait encore y siéger. Or, il importe qu'il n'y siége pas. Donc il faut suivre le cours régulier de la loi, quelque rigoureuse qu'elle soit. Le droit du conseil de destituer le tuteur, alors même que celui-ci offrirait sa démission, nous paraît incontestable.

Nº 4. EFFET DES EXCUSES.

510. Les causes d'excuse sont établies dans l'intérêt du tuteur. Il y en a qui intéressent le pupille : telles sont l'âge et les infirmités; mais cette considération n'est que secondaire, puisque la loi n'en fait pas une cause d'incapacité. De là suit que le tuteur peut renoncer à l'excuse qu'il aurait le droit de proposer; et s'il y renonce, il ne peut plus s'en prévaloir. C'est l'application des principes élémentaires de droit. Chacun peut renoncer aux droits qui sont établis en sa faveur, et la renonciation emporte abdication. On suit aussi les principes généraux sur la renonciation; c'est une manifestation de volonté, donc elle peut être expresse ou tacite. Il y a renonciation tacite quand le tuteur pose un fait qui suppose nécessairement sa volonté d'accepter : telle serait la convocation du conseil pour délibérer sur la spécialisation de l'hypothèque légale. Un simple fait de gestion n'emporterait pas renonciation, car nous allons voir que le tuteur est obligé d'administrer provisoirement.

511. Le tuteur doit proposer ses excuses au conseil de famille. S'il est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, il doit proposer ses excuses sur-le-champ, sous peine d'être déclaré non recevable dans toute réclamation ultérieure. Son silence suffit, en ce cas, pour qu'il y ait renonciation. La loi suppose naturellement que le tuteur connaît les excuses qu'il peut faire valoir; il n'a alors aucune raison pour ne pas les proposer de suite, et il ne

manquerait certes pas de le faire, si son intention était de profiter du bénéfice de la loi. S'il n'a pas assisté à la délibération, il doit faire convoquer le conseil dans les trois jours à partir de la notification qui lui est faite de sa nomination ; le délai est augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle ; passé ce délai, il est non recevable (art. 439).

La loi ne parle que de la tutelle dative. Faut-il l'appliquer par analogie à la tutelle légale et testamentaire? La plupart des auteurs décident la question affirmativement, en ce sens que le tuteur devra proposer ses excuses dans le délai fixé par l'article 439 ; mais comme il n'y a pas, en ce cas, de notification à faire, le délai ne courrait que du jour où le tuteur aurait eu connaissance de la délation de la tutelle. Cela est inadmissible. La loi prononce une déchéance, et les déchéances sont de stricte interprétation (1). Dans le silence de la loi, on reste sous l'empire des principes généraux. Le tuteur pourra proposer ses excuses aussi longtemps qu'il n'y aura pas renoncé ; mais il doit se hâter de le faire, car la gestion prolongée serait une renonciation tacite.

Que faut-il décider si la cause d'excuse survient pendant le cours de la tutelle? La loi ne prévoit la difficulté que lorsqu'il s'agit de services publics ; elle donne, en ce cas, un mois au tuteur pour convoquer le conseil de famille. Dans tous les autres cas, il n'y a pas de délai légal, on reste donc sous l'empire des principes généraux.

512. Le conseil de famille ne statue pas définitivement sur les excuses. S'il les rejette, le tuteur peut se pourvoir devant les tribunaux pour les faire admettre. C'est l'application du droit commun. L'article 440 dit que, pendant le litige, le tuteur sera tenu d'administrer provisoirement. Si le conseil admet l'excuse, il peut aussi y avoir recours, toujours par application du droit commun (nos 465, 469). Ainsi le tuteur nommé à défaut de celui qui a été excusé,

(1) C'est l'opinion d'Aubry et Rau, t. Ier, p. 428, note 5, et de Demante, t. II, p. 258, n° 185 *bis*. En sens contraire, Demolombe, t. VII, p. 269, n° 454 ; Delvincourt, t. Ier, p. 288 ; Magnin, t. Ier, n° 381.

aurait le droit d'attaquer la délibération et de soutenir qu'il n'y avait pas d'excuse légale. L'article 440 ne le dit pas, mais cela n'est pas douteux; les principes qui régissent les recours contre les délibérations du conseil de famille décident la question (n° 487).

Dans quel délai le tuteur doit-il se pourvoir devant les tribunaux? La loi ne fixe pas de délai; le tuteur se hâtera d'exercer son recours; il y a le plus grand intérêt, car s'il continue à gérer, on pourra voir dans sa gestion un acquiescement à la décision du conseil. La loi l'oblige à administrer provisoirement, parce que le mineur ne peut pas rester sans protecteur; mais le tuteur doit veiller, s'il veut faire valoir ses excuses, à ce que la gestion provisoire ne puisse pas être considérée comme une gestion définitive.

Qui supporte les frais de l'instance? Lorsque le tuteur succombe, il sera condamné aux frais (art. 441). C'est l'application du droit commun (code de procédure, art. 130). Lorsque les membres du conseil succombent, la loi s'en rapporte à l'appréciation du tribunal; il peut les condamner aux frais, si en rejetant les excuses, ils ont agi par esprit de tracasserie ou de méchanceté. Mais s'ils sont de bonne foi, ils agissent dans l'intérêt du mineur, c'est donc lui qui doit supporter les frais (1).

§ II. *Des incapacités.*

513. Le code déclare certaines personnes incapables d'être tuteurs. Il y a une différence considérable entre les causes d'incapacité et les causes d'excuse. Celui qui a une excuse peut y renoncer, la dispense n'étant établie qu'en sa faveur. Les incapacités, au contraire, sont établies dans l'intérêt du mineur; il est donc évident que l'incapable n'y peut pas renoncer. Celui qui a une excuse peut être tuteur, s'il le veut. L'incapable voudrait être tuteur, le conseil de famille y consentirait, qu'il ne pourrait l'être, parce qu'il n'a pas les qualités requises pour l'administration de

(1) Observations du Tribunat, n° 22 (Locré, t. III, p. 407).

la tutelle. Puisque l'incapable ne peut pas être tuteur, il s'ensuit que les causes d'incapacité empêchent le conseil de famille de le nommer, ou le font écarter s'il se présente comme tuteur légal ou testamentaire; et que, si la cause d'incapacité survient pendant le cours de la tutelle, l'incapable doit être révoqué.

Nous avons posé comme principe qu'il n'y a pas d'excuse sans loi; ce principe est controversé; il y a des auteurs qui, outre les excuses légales, admettent des excuses de fait. Pour les causes d'incapacité, il n'y a pas de doute; la jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour admettre que les incapacités sont de stricte interprétation. En effet, en toute matière, la capacité est la règle et l'incapacité l'exception; il faut donc appliquer aux incapacités le principe qui régit les exceptions : il n'y a pas d'exception, ni par suite d'incapacité sans texte, et les textes qui les établissent sont essentiellement limitatifs; l'interprète ne peut pas les étendre, fût-ce par voie d'analogie. Pas d'incapacité sans texte formel (1). Zachariæ est le seul auteur qui enseigne que l'incapacité peut résulter d'une manière virtuelle et nécessaire de l'esprit de la loi (2). Nous préférons nous en tenir au principe tel que la cour de cassation l'a formulé. La loi qui établit l'incapacité doit être prise à la lettre; recourir à l'esprit de la loi pour étendre le texte, c'est créer des incapacités, c'est faire la loi.

N° 1. DES CAUSES D'INCAPACITÉ.

I

514. L'article 442 porte : « Ne peuvent être tuteurs : les mineurs, excepté le père ou la mère. » Nous avons déjà dit quelle est la raison de l'exception, et quelle est la capacité du survivant mineur qui gère la tutelle (n° 375).

Les interdits sont aussi incapables ; pour eux, il ne saurait y avoir d'exception, puisqu'ils sont frappés d'incapacité

(1) Arrêt de la cour de cassation du 13 octobre 1807 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 154, 1°). Comparez les auteurs et les arrêts cités dans Aubry et Rau, t. Ier, p. 375, note 12.
(2) Aubry et Rau, 4e édition, t. Ier, p. 375, et note 12.

juridique en vertu du jugement d'interdiction. Il est rare que l'interdiction d'une personne aliénée soit prononcée; il y a beaucoup d'aliénés et peu d'interdits. De là la question de savoir si l'incapacité que la loi prononce contre les interdits s'étend aux aliénés non interdits. Ainsi posée, la question doit être décidée négativement, en vertu du principe que nous venons de poser. Zachariæ assimile de plein droit les aliénés aux interdits. C'est changer la loi. Sans doute, le législateur aurait mieux fait de déclarer les aliénés incapables, sauf à décider comment l'aliénation mentale serait prouvée; mais il ne l'a pas fait. Il n'y a donc d'incapacité légale que lorsque l'aliéné est interdit. Est-ce à dire qu'il n'y aura aucun moyen d'écarter légalement un aliéné de la tutelle? Si l'aliénation existe au moment où la tutelle s'ouvre, elle constitue une excuse à titre d'infirmité grave. Si l'excuse n'était pas présentée, le tuteur pourrait immédiatement être révoqué pour cause d'incapacité (1).

515. Une difficulté analogue se présente pour les personnes placées sous conseil judiciaire. N'étant pas déclarées incapables par la loi, elles doivent être considérées comme capables. Ainsi jugé par la cour de cassation (2). Vainement dit-on que c'est un oubli du législateur; en matière d'incapacité, il n'appartient pas à l'interprète de combler la lacune de la loi. L'analogie même nous fait défaut; car la différence est considérable entre l'interdiction et la nomination d'un conseil judiciaire. On nomme un conseil au prodigue; celui qui dissipe son propre patrimoine pourra, à la rigueur, gérer avec intelligence et économie les biens du mineur. Il faudrait donc distinguer, comme le font certains auteurs (3), entre le conseil donné pour prodigalité et le conseil donné pour faiblesse d'esprit. Qui ne voit que ces distinctions constituent une nouvelle loi? et faut-il ajouter que le législateur seul a le pouvoir de faire des lois?

(1) Demolombe, t. VII, p. 280, n° 269. Comparez arrêt de Bruxelles du 1er mars 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 95) et arrêt de la cour de cassation de Belgique du 9 décembre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 86).
(2) Arrêt de rejet du 21 novembre 1848 (Dalloz, 1848, 1, 230).
(3) Duranton, t. III, n° 503. Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, t. Ier, p. 417, note 4.

On dira qu'à force d'être logique, nous aboutissons à l'absurde. Convient-il que celui à qui on nomme un conseil pour faiblesse d'esprit soit tuteur? Et en supposant qu'un prodigue puisse administrer sagement le patrimoine du mineur, ne serait-ce pas donner au pupille un funeste exemple, en confiant son éducation à un homme qui jette sa fortune par porte et fenêtres? Il faut donc chercher un moyen légal d'écarter de la tutelle ceux qui sont placés sous conseil. La faiblesse d'esprit et la prodigalité ne sont pas des maladies qui se produisent inopinément pendant le cours de la tutelle, comme la folie ou la fureur; le plus souvent elles sont innées, et si elles sont légalement constatées par la nomination d'un conseil judiciaire, on doit y voir une cause d'*exclusion* de la tutelle (art. 444, n° 2). Il faudra donc appliquer les principes qui régissent l'*exclusion* (n° 523). S'il s'agissait d'un tuteur légal ou testamentaire qui, tout en étant prodigue ou faible d'esprit, n'aurait pas de conseil, il n'y aurait d'autre moyen de l'écarter de la tutelle que de provoquer la nomination d'un conseil judiciaire. Ces voies détournées auxquelles nous recourons pour exclure un incapable de la tutelle ne sont pas sans inconvénient; mais c'est le seul moyen légal de combler la lacune de la loi (1).

II

516. Sont encore incapables, dit l'article 442, les femmes, autres que la mère et les ascendantes. Dans notre droit, les femmes non mariées ont la même capacité que les hommes. Pourquoi donc la loi les déclare-t-elle incapables d'exercer la tutelle? Domat répond que la tutelle demande une autorité, et oblige à des fonctions qu'il serait indécent que la femme exerçât à l'égard d'autres personnes que ses enfants. On peut ajouter que si les femmes sont capables, en vertu de notre droit, de gérer leurs

(1) Demolombe, t. VII, p. 278, n° 468; Valette sur Proudhon, t. II, p. 347, note *a*; Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 261, n° 191 *bis* II.

intérêts, elles n'ont guère l'expérience des affaires qui est requise pour exercer la tutelle (1).

La loi excepte la mère et les ascendantes. Elles ont sur leurs enfants une autorité naturelle, et la nature leur impose le devoir de soigner les intérêts de ceux auxquels ils ont donné la vie. La loi compte surtout sur l'affection du tuteur : à ce titre, personne n'est plus digne d'être appelé à la tutelle que la mère et les ascendantes.

La mère n'est tutrice que quand elle est veuve; si elle se remarie, elle doit être maintenue dans la tutelle par le conseil de famille. En est-il de même des ascendantes? Le texte ne décide pas la question. M. Demolombe croit qu'il y a lieu d'appliquer par analogie aux aïeules ce que la loi dit de la mère (2). En réalité, l'analogie n'existe pas. La mère est tutrice de droit, tandis que les ascendantes ne le sont pas; le conseil peut les nommer tutrices; et la loi n'établit aucune limite, aucune restriction à son choix. C'est dire que le conseil de famille appréciera. S'il nommait tutrice une aïeule qui n'est pas veuve, nous ne voyons pas sur quel texte on s'appuierait pour attaquer cette nomination.

III

517. Enfin la loi déclare incapables tous ceux qui ont ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis (art. 442, n° 4). La loi ne veut pas placer le tuteur entre son devoir et son intérêt.

La disposition que nous venons de transcrire est-elle restrictive? ou peut-on l'appliquer par analogie à des cas non prévus par la lettre de la loi? Si l'on admet le principe consacré par la cour de cassation pour les incapacités en général, la question ne peut pas même être posée; il faut décider, et sans hésiter, que cette quatrième cause d'inca-

(1) Domat, *Les lois civiles*, livre I, titre I, section VII, § 3. Valette sur Proudhon, t. II, p. 344, note.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 281, n° 472.

pacité doit être interprétée restrictivement aussi bien que les trois premières. C'est surtout pour cette quatrième incapacité que la difficulté se présente. Nous cherchons en vain une raison pour l'application analogique. Dès qu'on s'écarte du texte, on tombe dans l'arbitraire le plus absolu. On invoque l'esprit de la loi pour décider qu'il y a incapacité lorsque le procès existe entre le mineur et les enfants ou le conjoint du tuteur, lorsqu'il existe entre le mineur et une personne dont le tuteur est l'héritier présomptif. Pourquoi s'arrêter à ces deux espèces? Si c'est l'esprit de la loi qui décide, il faut dire que dans tous les cas où les intérêts du tuteur sont en conflit avec son devoir, il y aura incapacité. Où s'arrêtera-t-on? N'est-ce pas précisément pour empêcher cet arbitraire que la loi a défini le cas où l'opposition d'intérêt est assez grave pour qu'il en résulte une incapacité. Le législateur seul est juge de cette gravité : permettre au juge de trancher la difficulté, c'est lui permettre de faire la loi (1).

Il a été jugé par la cour de Liége qu'il n'y a pas d'incapacité quand le mineur a un procès avec le beau-frère du tuteur (2). Un tribunal avait déclaré incapable de gérer la tutelle un individu qui n'avait aucun procès avec le mineur, par la seule raison qu'un procès paraissait imminent. La cour de Pau réforma cette décision : elle dit très-bien que le tribunal avait créé une incapacité nouvelle qui n'est point dans la loi; qu'il n'y a pas lieu à procéder par voie d'analogie, parce qu'il est de principe que les exceptions sont de droit étroit (3).

Si le procès survenait pendant la durée de la tutelle, il y aurait lieu de procéder à la nomination d'un nouveau tuteur; bien entendu si le procès présentait le caractère défini par l'article 442 : il faut que l'état du mineur soit compromis, sa fortune, ou une partie notable de ses biens.

(1) Demolombe (t. VII, p. 284, n° 247), Marcadé (t. II, p. 229, art. 442, n° 4) et Demante (t. II, p. 263, nos 193 *bis* I, II et III) considèrent la loi comme restrictive. La plupart des auteurs la considèrent comme énonciative (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 353. Il faut ajouter Aubry et Rau, t. Ier, p. 374 et note 9).

(2) Liége, 31 décembre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 35).

(3) Arrêt du 21 juin 1823 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 352, 1°).

C'est au juge à apprécier si le procès compromet ou non ces intérêts (1).

N° 2. EFFET DE L'INCAPACITÉ.

518. La loi ne dit pas par qui l'incapacité sera prononcée. C'est qu'en général les causes d'incapacité ne donnent pas lieu à contestation : il en est ainsi de la minorité, de l'interdiction, de la qualité de femme. Toutefois, si l'on prétendait et si l'on contestait qu'un aliéné non interdit est frappé d'incapacité, ou une personne placée sous conseil, la contestation devrait être vidée; par qui le sera-t-elle? De même, s'il y a un procès entre le mineur et le tuteur; on nie que l'état du mineur soit compromis, ou une partie notable de ses biens; ou le procès existe entre le mineur et d'autres personnes que celles qui sont énumérées par la loi. Dans tous ces cas, il y a débat. C'est naturellement le conseil de famille qui décidera, sauf recours devant le tribunal. La loi donne au conseil de famille le droit de statuer sur les excuses et de prononcer l'exclusion ou la destitution : c'est donc le conseil qui, en principe, est compétent pour tout ce qui concerne l'organisation de la tutelle. Ce principe doit recevoir son application aux causes d'incapacité aussi bien qu'aux causes d'excuse, d'exclusion et de destitution (2).

§ III. *Des causes d'exclusion et de destitution*

519. L'article 444 porte : « Sont aussi *exclus* de la tutelle et même *destituables*, s'ils sont en exercice : 1° les gens d'une inconduite notoire ; 2° ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité. » L'article 443 fait la même distinction : « La condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte de plein droit l'*exclusion* de la tutelle. Elle emporte de même la *destitution*, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement déférée. » Par *exclusion*, la loi

(1) Nîmes, 2 mars 1848 (Dalloz, 1848, 2, 58).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 296, n°s 496, 497.

entend donc que le tuteur est écarté de la tutelle, qu'il est empêché de la gérer; la *destitution* suppose que le tuteur est en exercice. L'*exclusion* ne peut guère s'appliquer qu'à la tutelle légale ou testamentaire; s'il s'agit de la tutelle dative, le conseil ne nommerait certes pas une personne d'une inconduite notoire, infidèle ou incapable; mais le tuteur légal ou testamentaire peut se présenter pour gérer la tutelle; le conseil de famille doit, en ce cas, prononcer son *exclusion*, s'il se trouve dans un des cas prévus par l'article 444. A vrai dire, l'exclusion est aussi une destitution, car il y a un tuteur en vertu de la loi ou d'un testament; l'exclure, c'est le révoquer (1).

On demande s'il y a une différence entre les causes d'exclusion ou de destitution et les causes d'incapacité. L'incapable est aussi *exclu* de la tutelle; il l'est parce qu'il lui manque une qualité requise pour être tuteur. On peut dire également que les causes d'exclusion impliquent l'absence d'une qualité que le tuteur doit avoir : ne faut-il pas qu'il soit un homme rangé, probe, un bon père de famille, d'une conduite irréprochable? S'il n'a pas ces qualités, il est incapable de remplir les devoirs que la tutelle impose, et, comme tel, exclu de la tutelle. En ce sens, l'incapacité et l'exclusion se confondent : elles ne diffèrent que par les motifs qui les ont fait établir. L'incapacité n'a rien de déshonorant, elle n'affecte ni l'honneur, ni les mœurs, ni l'intelligence du tuteur ; tandis que les causes d'exclusion impliquent un déshonneur, l'improbité, l'immoralité, le désordre, ou un manque d'intelligence qui, bien que n'étant pas déshonorant, est cependant une cause de déconsidération.

520. Le principe d'interprétation est le même pour les causes d'exclusion et pour les causes d'incapacité : elles sont de stricte interprétation. Pour les causes d'exclusion ou de destitution, il y a un motif de plus de les interpréter restrictivement, c'est qu'elles sont déshonorantes. C'est une espèce de flétrissure que la loi attache à l'inconduite et au désordre; or, le législateur seul a le droit de flétrir et de punir; l'interprète ne peut donc pas, en cette matière, dé-

(1) Proudhon, t. II, p. 348; Duranton, t. III, p. 490, n° 500.

passer la lettre de la loi (1). Nous verrons plus loin des applications de ce principe.

521. Les causes d'exclusion et de destitution sont générales de leur nature, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent à toute tutelle, même celle du survivant des père et mère. Il n'y a aucun doute sur ce point, et nous ne comprenons pas que la question ait été portée si souvent devant les tribunaux. Le texte de la loi est général ainsi que l'esprit. Il faut dire plus : le père est plus coupable que tout autre quand il se livre au désordre et à l'inconduite ; ses enfants devraient le retenir dans la voie du devoir, puisqu'il est obligé de les y guider en leur prêchant d'exemple. Par quelle étrange exception aurait-il le privilége de l'immoralité et de l'infidélité? La jurisprudence est unanime pour repousser de pareilles prétentions (2). Il est vrai que le père, dans notre opinion, ne peut pas être privé de la puissance paternelle ; mais quand il est en même temps tuteur, il réunit deux qualités : le tuteur peut être destitué, le père ne peut pas l'être. Quoique destitué comme tuteur, il conservera la puissance paternelle. Le nouveau tuteur prendra l'administration des biens, et le père continuera à diriger l'éducation de ses enfants (3).

Il y a ici une fâcheuse lacune, que nous avons déjà déplorée. Les tribunaux l'ont comblée en limitant la puissance paternelle, de manière qu'elle ne puisse pas nuire aux enfants (n° 292). La mauvaise administration de la personne du mineur peut être la cause principale de la destitution; c'est ainsi que la cour de Toulouse a destitué de la tutelle un père « qui abandonnait ses filles à un état d'éducation totalement dégradante, en les laissant exposées, dans leur jeune âge, aux séductions les plus dangereuses (4). » Forcément les tribunaux doivent veiller à ce que le père destitué de la tutelle ne continue pas à perdre ses enfants. Le

(1) Arrêt de cassation du 13 octobre 1807 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 154, 1°).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 17 février 1835 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 363, 1°). Comparez arrêts de Bruxelles du 6 novembre 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 481) et de Liége du 31 décembre 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 81).

(3) Lyon, 30 novembre 1837 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 244).

(4) Toulouse, 25 novembre 1830 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 363, 3°).

père peut aussi être destitué pour cause d'incapacité; ici il y a, comme le dit la cour de Toulouse, des ménagements à garder envers un père, mais quand sa gestion compromet la fortune des enfants, il ne faut pas hésiter à l'écarter de la tutelle (1). L'inconduite notoire ne permet aucun scrupule (2); et dans ce cas encore, les tribunaux se verront forcés de limiter la puissance paternelle. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de Paris. La veuve tutrice s'était soumise volontairement et d'une manière absolue à la domination d'un homme placé sous la main de la justice comme inculpé de banqueroute et d'abus de confiance; elle contracta avec lui à l'étranger un mariage évidemment nul, en annonçant l'intention de tenir ses enfants continuellement éloignés de leur famille. La cour décida que ces faits attestaient, sinon un état de démence, du moins un scandale déplorable; en conséquence, elle destitua la mère de la tutelle, et ordonna de remettre les enfants entre les mains de leur aïeul, nommé tuteur. Sur le pourvoi en cassation, il fut jugé que la mesure relative aux enfants n'était que la conséquence nécessaire et logique de la destitution de la mère tutrice et des raisons qui l'avaient provoquée. La cour de cassation ajoute que la cour de Paris, en statuant ainsi, avait fait de ses pouvoirs un usage autorisé par la morale et par la loi (3). La morale, oui, mais nous cherchons vainement la loi qui autorise les tribunaux à enlever l'enfant à sa mère. Avouons-le : la force des choses a conduit les juges à faire la loi.

N° 1. POUR QUELLES CAUSES LE TUTEUR PEUT ÊTRE EXCLU OU DESTITUÉ.

I. *Condamnation pénale.*

522. La condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte l'exclusion et la destitution de la tutelle (art. 443). Cette disposition du code civil a été modifiée par

(1) Toulouse, 18 mai 1832 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 363. 5°) et Bordeaux, 6 août 1845 (Dalloz, 1847, 4, 486, n° 6).

(2) Riom, 4 fructidor an XII (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 357). Comparez arrêt de Bruxelles du 26 mars 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 256).

(3) Arrêt de rejet du 15 mars 1864 (Dalloz, 1864, 1, 301).

le code pénal de 1810. Voici ce que porte à cet égard le nouveau code pénal belge : « Tous arrêts de condamnation à la peine de mort ou aux travaux forcés prononceront, contre les condamnés, l'interdiction à perpétuité du droit de faire partie d'aucun conseil de famille, d'être appelé aux fonctions de tuteur, de subrogé tuteur ou curateur, si ce n'est de leurs enfants et sur l'avis conforme du conseil de famille (art. 31). » Cette exception, empruntée au code pénal de 1810, se justifie par le sentiment d'affection que le père, même coupable, peut conserver pour ses enfants; mais c'est au conseil de famille à décider s'il mérite la confiance que la loi lui témoigne; la tutelle cessera donc d'être légale pour devenir dative.

Si le coupable est condamné à la reclusion ou à la détention, il n'encourt plus de plein droit l'interdiction du droit de tutelle; la loi donne aux cours d'assises la faculté de la prononcer, suivant les circonstances et le caractère du crime, soit à perpétuité, soit pour dix à vingt ans (article 32).

Le code pénal donne aussi aux cours et tribunaux le droit de prononcer l'exclusion de la tutelle des condamnés correctionnels, pour un terme de cinq à dix ans, mais seulement dans les cas déterminés par la loi (art. 33).

L'article 34 ajoute que la durée de l'interdiction, fixée par le jugement ou l'arrêt de condamnation, courra du jour où le condamné aura subi ou prescrit sa peine.

II. *Inconduite notoire.*

523. L'inconduite ne suffit point; il faut qu'elle soit notoire (art. 444). Au premier abord, on ne comprend pas l'espèce d'indulgence que la loi témoigne pour le déréglement des mœurs. Est-ce que l'homme qui cache ses désordres devient digne par là de remplir les devoirs de tuteur? ne faut-il pas qu'une vie sans tache serve d'exemple au pupille? La cour de Bordeaux répond à cette critique qu'il eût été dangereux d'autoriser la destitution d'un tuteur pour des désordres qu'il cherche à soustraire aux regards du public; ne serait-ce pas favoriser l'espionnage et pro-

voquer la délation? Il y a, chez celui qui cache ses excès, un reste de pudeur dont le législateur doit tenir compte. Voilà pourquoi il exige la notoriété de l'inconduite (1). On a jugé que si la faute de la veuve tutrice n'a été connue que par la violation de lettres confidentielles qu'elle avait écrites à sa belle-mère, si cette divulgation coupable a seule donné de la publicité à la faute, et si du reste il n'y a pas à craindre pour les enfants le funeste exemple de la dépravation, les tribunaux doivent maintenir la tutelle à la mère (2).

L'inconduite doit être notoire. Cela veut-il dire que l'inconduite doit être publique en ce sens que tout le monde la connaisse, et que le tribunal ne puisse pas ordonner une enquête pour la constater? Non, certes : si la notoriété est contestée, il faut bien qu'elle soit prouvée, et il ne suffit pas de prétendre qu'il n'y a pas de notoriété pour que l'inconduite ne soit pas notoire. Les témoins déposeront de l'inconduite et de la notoriété (3).

Le mot *inconduite*, dans le langage usuel, ne s'entend que du déréglement des mœurs. Faut-il lui donner un sens plus large dans l'article 444? Les auteurs et la jurisprudence l'étendent au défaut d'ordre dans les affaires, de sorte que celui qui gérerait mal son patrimoine serait exclu de la tutelle pour inconduite notoire (4). C'est, nous semble-t-il, donner à la loi une extension que ses termes ne comportent pas. Peut-on dire de celui qui gère ses affaires avec incurie qu'il a une *inconduite notoire?* Tout en décidant cette question affirmativement, la cour de Bruxelles a jugé que la faillite à elle seule n'est pas une preuve d'inconduite notoire; en effet, elle peut avoir été occasionnée par des malheurs, sans qu'il y ait aucune faute à reprocher au failli (5). Cette question est cependant controversée (6). La doctrine consacrée par la cour de Bruxelles

(1) Bordeaux, 15 pluviôse an XIII (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 357).
(2) Rouen, 24 janvier 1859 (Dalloz, 1860, 2, 24).
(3) Rennes, 18 mai 1829, et arrêt de rejet du 12 mai 1830 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 356). Demolombe, t. VII, n° 486, p. 291.
(4) Demolombe, t. VII, p. 290, n° 484.
(5) Bruxelles, 22 juin 1827 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 169, et *Pasicrisie*, 1827, p. 226) et 14 août 1833 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 172).
(6) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Faillite*, n° 172.

nous paraît certaine. Si la faillite dessaisit le failli de l'administration de ses biens, ce n'est pas pour cause d'inconduite, c'est pour conserver aux créanciers le patrimoine qui est leur gage. Donc la faillite ne peut pas être considérée, par elle-même, comme une cause d'exclusion. La question se réduit, en définitive, à un point de fait : Y a-t-il *inconduite notoire?* Dans notre opinion, la mauvaise gestion n'est pas une *inconduite;* on doit la considérer plutôt comme une *incapacité* de gérer la tutelle. La différence n'est pas seulement dans les mots; la loi exige que l'*inconduite* soit notoire, elle ne demande pas que l'*incapacité* soit notoire. Cela encore prouve que l'*inconduite* ne concerne que les mœurs; la condition de notoriété s'explique quand il s'agit d'immoralité; elle n'a plus de sens quand il s'agit de mauvaise gestion.

III. *Infidélité et incapacité.*

524. L'article 444 exclut de la tutelle et déclare destituables, s'ils sont en exercice, ceux dont la *gestion* attesterait l'*infidélité*. Que doit-on entendre ici par *gestion?* Faut-il que l'infidélité ait été commise dans la gestion d'une tutelle? D'abord, il est certain que le mot *infidélité* implique une gestion dont l'administrateur doit rendre compte, et à qui l'administration peut être enlevée s'il gère infidèlement. Nous ne voyons guère que les tuteurs à qui l'on puisse appliquer cette définition. Le mari est administrateur des biens de la femme, sous le régime de la communauté légale, il est comptable, mais il ne peut pas être destitué pour cause d'*infidélité*. Bien moins encore peut-il être question d'un fonctionnaire comptable. La loi parle de gestion de biens, donc de l'administration d'un patrimoine privé et non du maniement des deniers publics. Nous aboutissons à la conclusion que l'exclusion pour cause d'infidélité ne s'applique qu'à la tutelle (1).

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Minorité*, n° 362. En sens contraire, Demolombe, t. VII, p. 294, n° 491.

Reste à déterminer en quel sens l'infidélité dans la gestion d'une tutelle devient une cause d'exclusion d'une autre tutelle. Faut-il que le tuteur infidèle ait été destitué? Nous ne voyons que ce moyen de constater légalement l'infidélité. De quel droit viendrait-on accuser un tuteur d'avoir géré infidèlement, alors qu'il n'y a aucune plainte contre lui? Si le tuteur est infidèle, le subrogé tuteur est tenu de provoquer sa destitution; s'il ne la provoque pas, on doit supposer qu'il n'y a pas d'infidélité. Cependant il peut arriver que par la négligence du subrogé tuteur, le tuteur, quoique infidèle, ait continué à gérer; mais lors de la reddition de son compte, il est constaté par jugement que sa gestion a été infidèle. Il sera par cela même exclu de toute autre tutelle. En résumé, l'infidélité, étant une espèce de délit, doit être établie par une délibération du conseil de famille qui prononce la destitution du tuteur infidèle, ou par un jugement qui le condamne à raison de son infidélité.

Quand il s'agit de *destituer* le tuteur pour cause d'infidélité, il n'y a plus aucune difficulté. C'est une question de fait que le conseil de famille et le tribunal, en cas de recours, décident d'après les circonstances. L'infidélité implique la mauvaise foi, le détournement, au profit du tuteur, des biens ou revenus du pupille. Ainsi il y a infidélité évidente si le tuteur fait des coupes de bois à son profit dans un bois appartenant au mineur (1).

525. Qu'entend-on par *incapacité?* L'article 444 met l'incapacité sur la même ligne que l'infidélité. C'est donc une cause d'*exclusion* et de *destitution*. Ici revient la question que nous venons de discuter. La loi exclut ceux dont la *gestion* attesterait l'incapacité. Quelle gestion? On répond d'ordinaire que les termes généraux du code s'appliquent à toute administration publique ou privée. La gestion de ses propres affaires, dit Demante, pourrait être invoquée comme cause d'exclusion contre le mauvais père de famille qui serait appelé à une tutelle : tel serait le cas où une personne placée sous conseil pour cause de prodigalité ou de faiblesse d'esprit serait appelée à une tutelle, en

(1) Bruxelles, 4 avril 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 116).

vertu de la loi ou d'un testament (1). Cette interprétation nous paraît très-douteuse. Nous venons d'établir que par le mot *infidélité*, la loi entend la gestion infidèle d'une tutelle. Il est évident qu'il ne peut pas s'agir d'infidélité, alors que le tuteur n'a fait que gérer son propre patrimoine; or, c'est une seule et même phrase, le numéro 1° de l'article 444, qui traite de l'*incapacité* et de l'*infidélité* attestée par la *gestion*; si la lettre et l'esprit de la loi sont étrangers à la gestion des biens du tuteur, en ce qui concerne l'*infidélité*, comment veut-on que l'*incapacité* se rapporte à ces mêmes biens? Et si la gestion des biens personnels du tuteur, quelque mauvaise qu'elle soit, ne l'exclut pas de la tutelle, n'en doit-il pas être de même de toute autre gestion, sauf de la gestion d'une tutelle? C'est notre avis. Toutefois nous n'approuvons pas la loi. L'*incapacité* aurait dû être une cause d'excuse aussi bien qu'une cause d'exclusion, et la loi aurait dû laisser, en cette matière, une grande latitude d'appréciation au conseil de famille et au tribunal. Mais tel n'est pas le système du code Napoléon. L'incapacité est seulement une cause d'exclusion ou de destitution. Dès lors tout est de la plus stricte interprétation.

526. Si le tuteur est en exercice, il y a lieu de le destituer si sa gestion atteste son incapacité. Le mot *incapacité* est général, il comprend donc toute l'administration de la tutelle, l'éducation du mineur aussi bien que la gestion de ses intérêts pécuniaires. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point, et il n'y a aucun doute. Il a été jugé que la négligence du tuteur à veiller sur la conduite et sur les mœurs du pupille, est une cause de destitution, car c'est violer le plus important de ses devoirs (2). La cour de Rouen a destitué le père survivant de la tutelle légale de sa fille, parce qu'il n'avait pas le degré de capacité nécessaire pour prendre de sa personne les soins qu'exigeaient son âge et sa condition (3)

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 265, n° 195 *bis* II. C'est l'opinion commune (Demolombe, t. VII, n° 491).

(2) Paris, 26 thermidor an IX (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 363, 4°).

(3) Arrêt de Rouen du 6 février 1860, confirmé par un arrêt de rejet du 18 mars 1861 (Dalloz, 1861, 1, 432).

N° 2. PROCÉDURE.

527. C'est le conseil de famille qui prononce la *destitution;* l'article 446 le dit; il ne parle pas de l'*exclusion;* c'est un oubli, mais qui ne laisse aucun doute sur la compétence du conseil. En effet, l'article 447, qui ne fait qu'un avec l'article 446, parle expressément de la délibération qui prononce l'*exclusion* ou la *destitution* du tuteur.

Le subrogé tuteur est spécialement chargé de provoquer la destitution du tuteur; c'est un devoir qu'il remplit en sa qualité de surveillant. Aux termes de l'article 446, le juge de paix a le même pouvoir. Comme ce magistrat peut ignorer les faits qui donnent lieu à la destitution du tuteur, la loi fait appel à la sollicitude des plus proches parents. Le juge de paix doit convoquer le conseil pour délibérer sur la destitution du tuteur, lorsqu'il en est requis par un ou plusieurs parents ou alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches.

528. Le tuteur peut adhérer à la délibération qui le destitue; dans ce cas, la destitution est définitive, et le nouveau tuteur, dit l'article 448, entrera aussitôt en fonctions. Quand y a-t-il adhésion? La loi suppose que le tuteur, présent à la délibération, y adhère expressément, car elle dit qu'il en sera fait mention. Est-ce à dire que l'adhésion ne puisse pas être tacite? Non, certes. D'abord il est possible que le tuteur n'ait pas été présent; puis, même présent, il peut faire ses réserves. L'adhésion peut donc se faire postérieurement à la délibération du conseil. Or, toute volonté se manifeste, soit d'une manière tacite, soit d'une manière expresse. Ce principe s'applique au tuteur, puisque la loi n'y déroge pas. Il a été jugé que le tuteur destitué adhère à la destitution, s'il écrit au nouveau tuteur qu'il ne s'occupera plus de ses mineurs (1). Si l'adhésion peut être tacite quand le tuteur n'assiste pas à la délibération, elle peut, par la même raison, être tacite si le tuteur est présent, et s'il ne ré-

(1) Rennes, 14 mai 1831 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 377, 2°).

clame pas et ne fait aucune réserve, ni aucune défense. Dans des circonstances pareilles, le silence vaut acquiescement (1).

529. L'article 448 porte que si le tuteur adhère à la délibération, le nouveau tuteur entrera aussitôt en fonctions. Cela suppose que par une seule et même délibération, le conseil de famille peut destituer l'ancien tuteur et en nommer un nouveau (2). En effet, la tutelle ne peut rester vacante. Mais il peut aussi y avoir réclamation contre la délibération du conseil. C'est en vue de ce recours que la loi veut que la délibération soit motivée ; elle ajoute que le tuteur devra être entendu ou appelé (art. 447). Ces dispositions sont essentielles. La délibération qui destitue le tuteur est un vrai jugement ; dès lors elle doit être motivée ; il faut que le tuteur sache les motifs pour lesquels on le destitue, pour qu'il puisse réclamer, s'il y a lieu. Si la délibération n'était pas motivée, le tuteur en pourrait demander la nullité (3). De même, s'il n'avait pas été entendu. La destitution est une flétrissure, et il ne peut y avoir de peine infligée que si l'accusé a été entendu dans sa défense. Il va sans dire que si le tuteur est appelé et s'il ne comparaît pas, le conseil peut passer outre.

Qui administrera la tutelle après que la destitution a été prononcée? Si le tuteur adhère, c'est le nouveau tuteur qui gère. L'article 448 le dit. C'est le droit commun. Le fonctionnaire destitué n'est plus fonctionnaire, il ne peut donc plus agir comme tel. Il en est de même du tuteur. Quand il adhère, sa destitution est définitive. Dès lors il n'a plus le droit d'agir (4). Si le tuteur n'adhère pas, la destitution n'est pas définitive, la délibération du conseil devra être homologuée par le tribunal ; jusque-là elle n'existe pas et ne peut produire aucun effet. Partant le tuteur destitué reste tuteur, et il continue sa gestion (5). Cela n'est pas sans danger. En droit romain, le tuteur

(1) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 377.
(2) Lyon, 30 novembre 1837 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 244).
(3) Lyon, 13 mars 1845 (Dalloz, 1846, 2, 186).
(4) Colmar, 25 juillet 1817 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 378).
(5) Demante, t. II, p. 269, n° 201 *bis*. Demolombe, t. VII, p. 301, n° 507.

cessait de gérer du moment que sa destitution était provoquée. C'était une dérogation au droit commun, qui ne pourrait être admise qu'en vertu d'un texte. Tout ce que nos lois permettent, c'est que le subrogé tuteur demande de suite l'homologation de la délibération et l'exécution provisoire du jugement (code de procédure, art. 135, 6°).

530. « S'il y a réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, qui prononcera, sauf l'appel (art. 448). » Le subrogé tuteur peut négliger de poursuivre l'homologation. Il a été décidé que, dans ce cas, tout parent avait ce droit (1). Cela ne fait plus de doute, d'après le code de procédure, qui porte (art. 887) : « Si le tuteur ou autre chargé de poursuivre l'homologation, ne le fait dans le délai fixé par la délibération, ou, à défaut de fixation, dans le délai de quinzaine, un des membres de l'assemblée pourra poursuivre l'homologation contre le tuteur. »

Le subrogé tuteur pourrait-il se désister de la poursuite et transiger avec le tuteur destitué? Non, certes, car la tutelle est d'ordre public ; il est vrai que le principe est controversé, mais il ne saurait y avoir de doute dans l'espèce, la destitution étant prononcée pour causes graves et dans l'intérêt du mineur. La question a été décidée en ce sens par les cours de Belgique (2).

On demande si le nouveau tuteur ou le nouveau subrogé tuteur nommé par le conseil de famille peut poursuivre l'homologation. La négative est certaine, car il ne peut y avoir de nouveau tuteur ni de nouveau subrogé tuteur que lorsque la destitution de l'ancien est devenue définitive; or, en cas de réclamation, la délibération du conseil doit être homologuée; donc jusqu'à l'homologation l'ancien tuteur reste en exercice, et le nouveau tuteur ainsi que le subrogé tuteur sont sans qualité. La question a été décidée

(1) Orléans, 18 prairial an XII (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 380).

(2) Bruxelles, 4 avril 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 116). Arrêt de la cour de cassation de Bruxelles du 13 mars 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 199), et arrêt de Bruxelles du 6 avril 1846 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 246). Comparez arrêt de la cour de cassation de France du 14 juin 1842 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 244, 1°).

en ce sens par les cours de Bruxelles et de Grenoble; mais les deux cours se divisent sur les conséquences des principes qu'elles admettent. Dans les deux espèces, le subrogé tuteur était parent; comme tel, il avait le droit de poursuivre l'homologation : la poursuite était-elle validée par cette circonstance? La cour de Grenoble a vu une simple erreur dans la qualification de subrogé tuteur prise par le demandeur, erreur qui aurait dû être relevée par le défendeur; tandis que la cour de Bruxelles a annulé la poursuite comme étant faite par une personne sans qualité. Cette dernière décision nous paraît plus conforme à la rigueur des principes. Celui qui agit comme subrogé tuteur n'entend pas agir comme parent; or, comme subrogé tuteur, il n'a pas le droit d'agir, puisqu'il n'est pas encore subrogé tuteur; il fait donc un acte nul (1).

531. Le subrogé tuteur doit-il mettre le tuteur en cause, soit par une assignation, soit par une sommation? L'article 448 ne l'exige pas; et on s'est prévalu du silence de la loi pour décider que le tuteur ne doit pas être mis en cause (2). Mais le silence du code n'est pas décisif en cette matière. Il s'agit de savoir s'il faut appliquer le droit commun, lequel exige que toute personne soit entendue avant d'être frappée d'une peine; or, l'article 447 prouve que le législateur veut s'en rapporter à cette règle de droit naturel; il exige que le tuteur soit entendu par le conseil de famille ou appelé. S'il en est ainsi lors de la délibération du conseil qui prononce la destitution, il en doit être de même, par identité de motifs, lors de l'homologation; car l'homologation et la délibération ne font qu'un seul et même acte. C'est l'opinion généralement suivie (3).

Si le tuteur n'a pas été mis en cause, le jugement d'homologation n'aura aucun effet à son égard; il peut ou y former opposition ou demander par voie d'action directe, dirigée contre le subrogé tuteur, que le tribunal le main-

(1) Bruxelles, 12 novembre 1830 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 381, 1° Dans la *Pasicrisie* (1830, p. 213), l'arrêt porte la date du 19 novembre). Grenoble, 24 juin 1845 (Dalloz, 1846, 4, 502, n° 10).

(2) Nîmes, 8 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 384).

(3) Aubry et Rau, t. Ier, p. 481, note 11, et les arrêts dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 383.

tienne en la tutelle : l'article 448 lui donne ce droit, et le tuteur peut en user, soit que le subrogé tuteur ne poursuive pas l'homologation, soit qu'il la poursuive sans mettre le tuteur en cause. Cela ne fait aucun doute, dès que l'on admet que le tuteur doit être appelé (1).

Quand le tuteur agit par voie directe, il doit, d'après l'article 448, assigner le subrogé tuteur. L'article 883 du code de procédure prescrit une autre marche ; il veut que ceux qui attaquent une délibération du conseil de famille forment leur action contre ceux qui auront été de l'avis de la délibération. On demande si le code de procédure a dérogé au code civil; nous avons examiné la question plus haut (n° 466).

532. L'article 449 porte : « Les parents ou alliés qui auront requis la convocation pourront intervenir dans la cause, qui sera instruite et jugée comme affaire urgente. » On demande si le nouveau tuteur peut intervenir. Nous avons d'avance répondu à la question. Le nouveau tuteur n'est pas tuteur, aussi longtemps que la délibération n'a pas été homologuée ; il n'a donc aucune qualité pour intervenir, pas plus que pour agir (2).

533. La délibération qui prononce la destitution peut être attaquée au fond et pour vice de forme. Au fond, l'article 448 le dit : le tuteur destitué peut demander que le tribunal le maintienne en la tutelle. Tel est d'ailleurs le droit commun pour les recours dirigés contre les délibérations du conseil de famille (n°s 467, 468) (3). La délibération peut encore être attaquée pour vice de forme. Ici il y a quelque chose de spécial : le tuteur doit être entendu et la délibération doit être motivée. Ces formes n'étant établies que dans l'intérêt du tuteur, lui seul peut invoquer la nullité qui résulterait de l'inobservation de la loi (4).

534. Qui supporte les frais de l'instance? Le code civil ne contient aucune disposition sur ce point; c'est dire que

(1) Orléans, 12 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 60).
(2) Angers, 29 mars 1821 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 196, 1°).
(3) Liége, 7 juillet 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 432).
(4) Arrêt de la cour de cassation du 14 juin 1842 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 244, 1°).

nous restons sous l'empire du droit commun. Celui qui succombe est condamné aux frais. Si c'est le tuteur, il n'y a aucun doute; si c'est le subrogé tuteur, il sera aussi condamné aux frais, bien entendu comme représentant du mineur; c'est dans l'intérêt du pupille que le procès se fait, c'est donc lui qui doit supporter les frais. On a soutenu que les membres du conseil de famille qui ont voté pour la destitution peuvent être condamnés aux frais et aux dommages-intérêts, quand même ils ne seraient pas en cause. Cela est inadmissible. Le tribunal ne peut condamner aux frais et aux dommages-intérêts que la partie qui succombe; or, les membres du conseil ne sont parties dans l'instance d'homologation que lorsqu'ils interviennent, comme l'article 449 leur en donne le droit. On objecte l'article 441, qui permet au tribunal de condamner aux frais ceux qui ont rejeté l'excuse proposée par le tuteur. La réponse est facile et péremptoire : dans le cas de l'article 441, l'instance est formée contre les membres du conseil qui ont rejeté l'excuse, tandis que dans le cas de l'article 448, l'action est intentée contre le subrogé tuteur, et celui-ci, bien qu'il agisse au nom du conseil de famille, n'a aucune qualité pour représenter individuellement les membres du conseil qui ont voté pour la destitution (1).

N° 3. EFFET DE L'EXCLUSION ET DE LA DESTITUTION.

535. L'article 445 dit que tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle ne pourra être membre d'un conseil de famille. La loi ne dit pas que le tuteur exclu ou destitué ne pourra être appelé à une autre tutelle; de là on conclut que l'exclusion ou la destitution n'emporte pas de droit exclusion d'une nouvelle tutelle. Il ne faut pas, dit Demante, ajouter à la rigueur de la loi (2). Il admet néanmoins, et cela est évident, que si la cause qui a fait

(1) Demolombe, t. VII, p. 299, n° 505. Aubry et Rau, t. Ier, p. 482, note 13. En sens contraire, Duranton, t. III, n° 515, et Zachariæ, t. Ier, § 120 et note 14 (p. 456 de la traduction de Massé et Vergé).

(2) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 266, n° 196 *bis* IV.

exclure le tuteur d'une première tutelle subsiste, elle doit écarter d'une nouvelle tutelle. Telle est la condamnation à une peine afflictive ou infamante, d'après l'article 443, avec la restriction qu'y apporte le code pénal : le condamné peut être appelé à la tutelle de ses enfants par le conseil de famille. Si l'interdiction du droit de tutelle n'est que temporaire, il est certain que, la cause cessant, l'effet cesse également. Restent les causes d'exclusion établies par l'article 444. Si le tuteur a été destitué pour incapacité ou infidélité, il est par cela même exclu d'une nouvelle tutelle ; sur ce point, l'article 444 est formel. La question ne se présente donc que pour l'inconduite notoire. Si un tuteur est exclu ou destitué pour inconduite notoire, pourra-t-il être appelé à une autre tutelle? Nous ne le croyons pas. L'inconduite notoire, une fois constatée par une exclusion ou une destitution, est une cause permanente d'exclusion pour toute tutelle, de même que l'incapacité et l'infidélité. Sans doute l'homme, même d'une inconduite notoire, peut se corriger; mais n'en est-il pas de même du forçat libéré, n'en est-il pas de même du tuteur infidèle ou incapable? C'est la flétrissure dont il a été l'objet qui exclut le tuteur de toute nouvelle tutelle, parce que la loi ne peut avoir confiance en un homme qui a été exclu ou destitué pour inconduite, incapacité ou infidélité. Voilà pourquoi elle le déclare indigne d'être membre d'un conseil de famille. Conçoit-on que celui qui ne peut être membre d'un conseil de famille, parce qu'il a été exclu ou destitué d'une tutelle, puisse être tuteur? Le bon sens repousse cette distinction aussi bien que le texte (1).

De là nous concluons que le tuteur destitué ne peut pas être réintégré dans la tutelle, car ce serait l'appeler à une tutelle, et la destitution l'exclut de toute tutelle. La jurisprudence est cependant hésitante sur cette question (2).

536. Le tuteur exclu n'est pas tuteur, et le tuteur destitué cesse de l'être du moment de sa destitution. Dès lors le tuteur exclu ou destitué ne peut faire aucun acte de

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 304, n° 510.
(2) Voyez les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot *Minorité*, n°s 365 et 366.

gestion. Il faut cependant admettre une restriction à la rigueur de cette décision. De même que les notaires restent en fonctions jusqu'à ce que la suspension ou la destitution leur aient été notifiées (1), de même le tuteur n'est exclu ou destitué que du jour où il a connaissance de l'exclusion ou de la destitution. S'il est présent à la délibération et s'il y adhère, il cesse immédiatement d'être tuteur. S'il n'est pas présent, il faut que la délibération ou le jugement d'homologation lui soit notifié. Si après cette notification il continuait à gérer, les actes qu'il ferait seraient nuls. Faut-il faire une exception pour les tiers de bonne foi? Nous reviendrons sur cette question.

§ IV. *Des causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution, quant au conseil de famille et au subrogé tuteur.*

N° 1. DES CAUSES D'EXCUSE.

537. La loi impose aux membres du conseil de famille l'obligation de comparaître sous peine d'amende, à moins qu'ils n'aient une excuse légitime (art. 413). Quelles sont ces excuses? Ce sont des empêchements de fait qui ne permettent pas aux membres convoqués d'assister à la délibération. Il se peut que les causes qui dispensent de la tutelle soient aussi une excuse légitime pour les membres du conseil : telle serait une maladie. Mais toute cause qui dispense de la tutelle n'est pas une excuse pour assister au conseil. Et on en conçoit la raison. Un parent, un allié, un ami peut invoquer comme excuse de la tutelle le nombre d'enfants, les tutelles dont il est déjà chargé, les fonctions publiques qu'il doit remplir; mais ces causes ne l'empêchent pas d'assister aux délibérations d'un conseil de famille : c'est là un service que personne ne peut refuser, à moins d'un empêchement de fait que le juge de paix appréciera.

Quant au subrogé tuteur, l'article 426 déclare qu'il peut

(1) Loi du 25 ventôse an XI, art. 52.

invoquer les causes d'excuse que la loi accorde au tuteur. L'identité est peut-être trop absolue; comme le subrogé tuteur n'administre pas, ses fonctions sont bien plus faciles que celles du tuteur; mais la loi étant générale, il n'appartient pas à l'interprète d'y introduire des distinctions.

N° 2. DES CAUSES D'INCAPACITÉ.

538. Les causes d'incapacité sont communes à la tutelle, à la subrogée tutelle et au conseil de famille (art. 442 et 426). Il a été décidé, par application de ce principe, que le mineur ne pouvait pas siéger au conseil comme mandataire (1). Il est vrai que le mandat peut être donné à un mineur (art. 1990); mais la raison en est que le mandat se donne en général dans l'intérêt du mandant, tandis que, en matière de tutelle, le mandat se donne dans l'intérêt du mineur; or, quand le mandat intéresse, non le mandant, mais un tiers, le mandataire doit être capable. La loi applique ce principe à l'exécuteur testamentaire (art. 1028 et 1029). Par identité de raison, il faut dire que les mineurs et les femmes ne peuvent pas faire partie du conseil comme mandataires.

Nous avons enseigné que les personnes placées sous conseil judiciaire peuvent être tuteurs; par la même raison ils peuvent être membres d'un conseil de famille. La cour de cassation l'a décidé ainsi dans une espèce singulière. Un conseil de famille fut convoqué pour délibérer sur une demande d'interdiction; dans ce conseil siégeaient deux parents pourvus d'un conseil judiciaire. La cour de cassation décida qu'ils étaient capables par cela seul que la loi ne les déclarait pas incapables. Rien de plus juridique (2). Mais aussi rien de plus contraire au bon sens. Il s'agissait de donner un avis sur l'état mental de l'individu dont on provoquait l'interdiction : et on appela au conseil des personnes dont l'état mental était plus ou moins altéré, puis-

(1) Orléans, 12 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 60).
(2) Arrêt de rejet du 21 novembre 1848 (Dalloz, 1848, 1, 230).

qu'il avait fallu leur donner un conseil judiciaire! Il y a évidemment lacune dans la loi.

539. L'article 442 déclare incapables de siéger au conseil de famille ceux qui ont avec le mineur un procès dans lequel l'état ou la fortune du mineur sont compromis. Faut-il faire de cette disposition une règle générale, et admettre que ne peuvent faire partie du conseil ceux qui sont intéressés dans la délibération qui lui est soumise? Zachariæ pose ce principe, et Demolombe l'approuve parce qu'il est fondé en raison (1). Mais suffit-il qu'une cause d'incapacité soit rationnelle pour qu'on doive l'admettre? La question seule implique une hérésie juridique. Les incapacités ne sont-elles pas de stricte interprétation? Peut-on les étendre par voie d'analogie? Nous n'insistons pas, puisque nous avons déjà examiné la question en ce qui concerne la tutelle (n° 513).

A vrai dire, il s'agit non d'incapacité, mais de récusation, et la différence est grande (2). L'incapacité est un défaut de qualité; l'incapable ne peut faire partie d'aucun conseil tant que l'incapacité subsiste; tandis que l'opposition d'intérêts ne concerne qu'une délibération particulière. Il y a des cas dans lesquels la loi elle-même prononce une récusation. L'article 423 dit que le tuteur ne peut voter pour la nomination du subrogé tuteur; l'article 495 porte que ceux qui provoquent l'interdiction ne peuvent faire partie du conseil de famille. Hors de ces cas de récusation légale, la récusation doit être provoquée, et comme c'est le juge de paix qui compose le conseil, c'est aussi lui qui décidera si la récusation doit être admise.

On demande si la délibération serait valable dans le cas où le membre du conseil qui avait des intérêts opposés n'a pas été récusé, ou ne s'est pas abstenu. La cour de Caen a jugé que la délibération était nulle, bien que la récusation n'eût pas été demandée. Elle se fonde sur l'intérêt du

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 393. Demolombe, t. VII, p. 308, n° 516. Il y a un arrêt en ce sens d'Aix, 3 février 1832 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 180).

(2) C'est la remarque des traducteurs de Zachariæ, Massé et Vergé, p. 393, note 25.

mineur : la délibération du conseil de famille, qui doit être une garantie pour lui, deviendrait un danger et un piége, si ceux qui ont des intérêts contraires à ceux du pupille y étaient appelés (1). Sans doute, le législateur aurait dû tenir compte de l'opposition d'intérêts pour en faire une cause légale de récusation; mais, dans le silence de la loi, on ne peut décider que la délibération est nulle par cela seul que l'opposition d'intérêts existe. Puisqu'il n'y a pas de loi, nous restons sous l'empire des principes généraux. La délibération pourra être attaquée, et elle sera annulée s'il est prouvé qu'à raison de cette opposition d'intérêts, la décision du conseil est nuisible au mineur (2).

540. Il y a beaucoup d'incertitude sur ces questions dans la doctrine et dans la jurisprudence. On demande si le tuteur peut siéger au conseil de famille. La cour de Bruxelles a décidé que lorsqu'un membre du conseil est nommé tuteur, il ne peut plus être membre du conseil; elle a annulé, en conséquence, une délibération à laquelle le tuteur avait pris part (3). Il y a d'excellentes raisons, en théorie, à l'appui de cette opinion. Le conseil de famille est appelé à contrôler la gestion de la tutelle : conçoit-on que le tuteur se contrôle lui-même? Mais cet argument s'adressse au législateur; les meilleures raisons du monde ne suffisent pas pour établir une incapacité. Aussi les auteurs s'accordent-ils à enseigner que le tuteur reste membre du conseil de famille; le texte même du code le suppose. L'article 423 dit que le tuteur ne peut voter pour la nomination du subrogé tuteur; l'article 426 ajoute qu'il ne peut voter dans les conseils de famille qui délibèrent sur la destitution du subrogé tuteur. Ces dispositions n'auraient pas de sens si le tuteur ne faisait pas partie du conseil. Il y a plus : elles n'auraient également pas de sens si le tuteur ne pouvait jamais voter, alors qu'il est intéressé dans la délibération, car il y est toujours intéressé. Tout ce que l'on pourrait dire, c'est que le tuteur ne peut pas prendre part à la délibération, quand il a des intérêts opposés à ceux

(1) Caen, 29 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 291).
(2) Bordeaux, 9 juillet 1845 (Dalloz, 1845, 4, 323).
(3) Bruxelles, 25 mars 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 67).

du mineur dans l'affaire qui est soumise au conseil (1). Ceci rentre dans la question générale que nous venons de traiter.

Il y a moins de difficulté pour le subrogé tuteur. Il peut être membre du conseil de famille et voter même sur les mesures qu'il propose. Ainsi il peut voter sur la destitution du tuteur qu'il est chargé de provoquer. C'est le droit commun; dans toute assemblée délibérante, les auteurs d'une proposition votent sur son adoption. On ne peut pas dire que le subrogé tuteur se contrôle lui-même en prenant part à la délibération, car ce n'est jamais lui qui gère; quand il provoque la destitution du tuteur, c'est dans l'intérêt du mineur qu'il agit. La jurisprudence est en ce sens, et il n'y a aucun doute (2). Que si le subrogé tuteur a un intérêt personnel dans une délibération, intérêt opposé à celui du mineur, on rentre dans la question générale de la récusation (3).

Quand le subrogé tuteur est appelé à intervenir, et que ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur, il y a lieu de nommer un subrogé tuteur *ad hoc*. Le subrogé tuteur peut-il voter pour cette nomination? La cour de Grenoble a très-bien jugé qu'aucune loi ne s'opposait à ce qu'il prît part au vote; que du reste la délibération ayant été prise à l'unanimité, il n'y avait pas lieu de l'annuler, l'unanimité prouvant que les intérêts du mineur avaient été complétement sauvegardés (4).

Ce que nous venons de dire du tuteur et du subrogé tuteur reçoit son application aux membres du conseil de famille. Il a été jugé que ceux qui provoquent la destitution du tuteur peuvent prendre part à la délibération; la cour de cassation en donne une raison décisive, c'est qu'aucune loi ne les exclut du conseil et ne leur défend de voter (5).

(1) C'est l'opinion de Demante, t. II, p. 249, n° 173 *bis* I. Comparez Marcadé, t. II, p. 219, article 423, n° II.

(2) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 372.

(3) La cour de Liége a jugé que le subrogé tuteur ne peut pas siéger quand il est intéressé dans la délibération (arrêt du 13 février 1822, *Pasicrisie*, 1822, p. 61).

(4) Grenoble, 11 janvier 1864 (Dalloz, 1865, 2, 57).

(5) Arrêt de rejet du 12 mai 1830 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 356).

N° 3. DES CAUSES D'EXCLUSION ET DE DESTITUTION.

541. Aux termes de l'article 445, ceux qui ont été exclus d'une tutelle ne peuvent être membres d'un conseil de famille. Cette disposition s'applique sans difficulté aucune, quand un jugement criminel ou correctionnel prononce l'interdiction du droit de tutelle, car ces jugements privent en même temps le condamné du droit d'être membre d'un conseil de famille (n° 522). Il n'y a pas de doute non plus lorsqu'un tuteur a été exclu par le conseil de famille, ou par le tribunal, pour inconduite notoire, incapacité ou infidélité; c'est ce que suppose l'article 445 : exclu ou destitué de la tutelle, le tuteur est exclu par suite de tout conseil de famille. La flétrissure qui lui a été infligée explique cette indignité. Mais que faut-il décider s'il n'y a aucune délibération prononçant l'exclusion ou la destitution? Dans ce cas, l'article 445 ne peut plus être appliqué, et par conséquent il n'y aura pas lieu à l'exclusion du conseil de famille, ni pour inconduite notoire, ni pour incapacité, ni pour infidélité. En effet, l'article 446 exclut de la tutelle les gens d'une inconduite notoire, il ne les exclut pas du conseil de famille : il en est de même de ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité; pour que l'inconduite, l'incapacité ou l'infidélité excluent une personne du conseil de famille, il faut qu'elle ait été exclue ou destituée de la tutelle pour l'une de ces causes (art. 445). Dans l'opinion que nous avons enseignée sur le sens de l'article 444, n° 2, la question ne peut pas même être posée, puisque, à notre avis, il faut aussi une sentence du conseil ou du tribunal pour qu'il y ait lieu à exclusion de la tutelle, du chef d'incapacité et d'infidélité. La question ne peut donc se présenter que pour l'inconduite notoire, et le texte des articles 444 et 445 la décide. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Le législateur permet d'exclure de la tutelle les gens d'une inconduite notoire, parce que l'intérêt du mineur domine toute autre considération. Il ne permet pas d'exclure du conseil de famille les parents ou alliés d'une inconduite notoire, parce

que l'intérêt du mineur est moindre, tandis qu'il y a un grave inconvénient à scruter la vie privée des citoyens, à faire une enquête sur leur conduite. D'ailleurs, en fait, l'intérêt du mineur peut être sauvegardé : le juge de paix, étant chargé de composer le conseil de famille, pourra écarter les personnes dont l'inconduite serait notoire. Et si par hasard il appelait au conseil un parent ou allié d'une mauvaise conduite, les tribunaux pourraient toujours annuler la délibération, si les intérêts du mineur avaient été lésés (1).

542. Dans l'application de l'article 445, il ne faut pas perdre de vue que les causes qui excluent du conseil de famille sont de stricte interprétation, aussi bien que les causes qui excluent de la tutelle. Il n'y a pas d'exclusion sans texte. Si un tuteur menacé de destitution donne sa démission, et que le conseil l'accepte, sera-t-il censé destitué dans le sens de l'article 445? Non, certes : quelle que soit la cause de la démission, on ne peut pas la mettre sur la même ligne que la destitution ; donc l'article 445 n'est plus applicable; or, il n'y a pas d'exclusion sans texte (2).

Le tuteur est destitué pour s'être ingéré dans la tutelle avant d'avoir fait nommer un subrogé tuteur (art. 421). Sera-t-il aussi exclu du conseil de famille? On dit qu'il n'y aura pas exclusion, parce que l'article 421 ne se sert pas du mot de *destitution;* il porte que la tutelle *sera retirée* au tuteur; or, l'article 445 ne déclare le tuteur exclu du conseil de famille que s'il a été destitué (3). C'est pousser trop loin, nous semble-t-il, le principe de l'interprétation restrictive. Il y a réellement destitution dans le cas de l'article 421, puisque la tutelle est retirée au tuteur pour cause de dol.

La mère tutrice se remarie sans convoquer le conseil de famille; elle perd la tutelle de plein droit (art. 395). Cette *perte* est-elle une *destitution* dans le sens de l'article 445?

(1) Arrêt de cassation du 13 octobre 1807 (Dalloz, au mot *Interdiction*, nº 154, 1º). Valette sur Proudhon, t. II, p. 308, suivi par tous les auteurs.
(2) Besançon, 26 août 1808 (Dalloz, au mot *Minorité*, nº 369, 1º).
(3) Demante, t. II, p. 265, nº 196 *bis* III. En sens contraire, Ducaurroy, *Commentaire*, t. Ier, p. 457, nº 636.

Ici il faut appliquer le principe de l'interprétation restrictive. C'est en vertu de la loi que la mère perd la tutelle; or, la destitution implique qu'une sentence est prononcée contre le tuteur coupable. Y a-t-il réellement un coupable dans l'espèce? Le plus souvent il y a simple négligence, ignorance, et alors même que la mère ne convoque pas le conseil sciemment, à dessein, c'est pour ne pas exposer l'union qu'elle contracte aux critiques de la famille. Car, il importe de le remarquer, si la mère est tenue de s'adresser au conseil pour être maintenue dans la tutelle, ce n'est pas pour un fait qui lui est personnel, ce n'est pas qu'elle soit indigne de la conserver, c'est à cause de son nouveau mari. Quant à elle, il n'y a aucune cause d'indignité, on ne peut donc pas dire qu'il y ait destitution. La question est cependant controversée (1); à notre avis, elle n'est pas douteuse.

543. Que faut-il décider si un parent, incapable ou exclu, prend part à la délibération? Il a été jugé que la délibération est viciée par sa présence, et partant nulle (2). Cela nous paraît trop absolu. La loi ne prononce pas la nullité de ce chef; nous restons donc sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire de la nullité virtuelle. Le tribunal décidera, d'après les circonstances, si la présence d'un incapable a porté préjudice au mineur. C'est l'intérêt du mineur qui est décisif en cette matière.

(1) La jurisprudence des cours de Belgique est conforme à notre opinion. Arrêts de Bruxelles du 30 mai 1810 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 367, 5°), du 28 juin 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 24) et de Liége du 29 juin 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 413). C'est l'opinion de la plupart des auteurs (Dalloz, *ibid.*). Voyez, en sens contraire, un arrêt d'Aix du 7 mars 1846 (Dalloz, 1846, 2, 171) et Delvincourt, t. Ier, p. 277, note 8.

(2) Orléans, 12 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 60).

FIN DU TOME QUATRIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE VII. — De la paternité et de la filiation (suite).

CHAPITRE V. — De la filiation des enfants naturels.

Section I. — *Principes généraux.*

§ I[er]. *Principe d'interprétation.*

§ II. *Preuves de la filiation naturelle.*

N° 1. Des preuves légales.

N° 2. Des preuves extralégales.

I. *De l'acte de naissance.*

II. *De la possession d'état.*

III. *De la preuve testimoniale.*

§ III. *De l'état des enfants naturels.*

SECTION II. — *De la reconnaissance volontaire*

§ Ier. *Qui peut reconnaître.*

N° 1. De la reconnaissance des père et mère.

N° 2. De la capacité requise pour reconnaître.

§ II. *Quand la reconnaissance peut-elle se faire*

§ III. *Forme de la reconnaissance.*

Nº 1. De l'authenticité.

Nº 2. De la spécialité.

§ IV. *Conséquence de l'inobservation des conditions prescrites par la loi.*

Nº 1. Des cas où la reconnaissance est inexistante.

Nº 2. Des cas où la reconnaissance est nulle.

I. *Des causes de nullité.*

II. *Qui peut demander la nullité?*

Section VI. — *De la légitimation.*

§ Ier. *Principe.*

§ II. *Des conditions de la légitimation.*

N° 1. De la reconnaissance.

N° 2. Quels enfants peuvent être légitimés.

§ III. *De la nullité de la légitimation.*

§ IV. *Effets de la légitimation.*

TITRE VIII. — De l'adoption et de la tutelle officieuse.

CHAPITRE Ier. — DE L'ADOPTION ENTRE-VIFS.

SECTION I. — *De l'adoption ordinaire.*

§ Ier. *Conditions de l'adoption.*

CHAPITRE III. — EFFETS DE L'ADOPTION.

§ Ier. *Effets quant aux personnes.*

§ II. *Effets quant aux biens.*

TITRE IX. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

CHAPITRE Ier. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS LÉGITIMES.

SECTION I. — *De la puissance paternelle sur la personne de l'enfant.*

§ Ier. *Qu'est-ce que la puissance paternelle?*

§ II. *A qui appartient la puissance paternelle.*

No 1. Des père et mère.

No 2. Des ascendants.

§ III. *Des droits attachés à la puissance paternelle.*

No 1. Droits moraux.

N° 2. Droit de garde.

N° 3. Pouvoir de correction.

I. *Du père.*

II. *De la mère.*

III. *Procédure.*

§ IV. *Fin de la puissance paternelle.*

N° 1. Causes légales.

N° 2. Cause extralégale.

N° 3. Des conventions et renonciations.

SECTION II. — *De l'administration légale.*

§ I[er]. *Principes généraux.*

§ II. *Des pouvoirs du père administrateur.*

N° 1. L'administration légale est-elle régie par les lois de la tutelle?

N° 2. Des garanties du mineur.

N° 3. Des actes d'administration.

N° 4. Des actes de disposition.

§ III. *Obligations du père administrateur.*

§ IV. *Fin de l'administration légale*

Section III. — *De l'usufruit légal des père et mère.*

§ Ier. *Principes généraux.*

§ II. *A qui appartient l'usufruit légal et sur quels biens.*

§ III. *Droits de l'usufruitier légal.*

§ IV. *Obligations de l'usufruitier légal.*

§ V. *Fin de l'usufruit légal.*

CHAPITRE II. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS NATURELS.

§ Ier. *A qui appartient-elle.*

§ II. *Droits des père et mère sur la personne de l'enfant.*

§ III. *Droits des père et mère sur les biens de l'enfant.*

TITRE X. — DE LA TUTELLE.

CHAPITRE Ier. — ORGANISATION DE LA TUTELLE.

SECTION I. — *Principes généraux.*

§ Ier. *Des mineurs.*

§ II. *De la tutelle.*

N° 1. Définition.

N° 2. Notions générales.

§ III. *Convocation du conseil*

§ IV. *Délibération.*

§ V. *Du recours contre les délibérations.*

N° 1. Qui peut attaquer les délibérations.

N° 2. Du recours au fond.

N° 3. Du recours pour vice de formes.

I. *Des formes substantielles.*

II. *Des formes non substantielles.*